



Roj: **SAN 1880/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1880**

Id Cendoj: **28079230062014100249**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/04/2014**

Nº de Recurso: **570/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1880/2014,**
AAAN 119/2014

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 570/10, seguido a instancia de la mercantil "Salvat Lingüística SA", representada por el Procurador de los Tribunales D^a. Rosa Sorribes Calle, 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 3.093.000 €, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO 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. La recurrente es una empresa dedicada al transporte de mercancías, radicada en Barcelona, que, presta servicios de actividades transitarias por carretera. Una empresa transitaria coordina y organiza la totalidad de operaciones de expedición de mercancías, y contrata directamente con su cliente todo el transporte hasta su destino final, sea cual sea el país en el que se encuentre.
2. En la prestación de la actividad transitaria por carretera, pueden distinguirse tres segmentos: a) grupaje, son transportes de carga estandarizados de hasta 3000 Kg, con salidas semanales a puntos concretos sin necesidad de recogida diaria, fijándose las tarifas en función del destino y peso, b) carga parcial, son transporte de carga no estandarizados, de más de 3000 Kg, sin llegar a completar el camión, negociándose los términos de servicio y precio con los clientes, c) carga completa, se contratan camiones para una carga y un destino concreto.
3. La organización de las empresas transitarias se realiza en España, a nivel provincial, mediante las ATEIA (Asociación de Transitarios Expedidores Internacionales y Asimilados), nacional, mediante la FETEIA-OLT (Federación Española de Transitarios y Expedidores Internacionales y Asimilados-Organización para la Logística y el Transporte).
4. La totalidad de empresas afectadas por el expediente S/0120/08, que da lugar a estas actuaciones, pertenecen a la ATEUIA de Barcelona, que agrupa a más de 140 empresas.
5. La resolución recurrida declaró probada la siguiente conducta anticompetitiva:



-Desde principios del año 1991, la recurrente, junto con otras empresas relevantes de similares características, se reunía en la sede de la mercantil Spain Tir (SPT), adoptando una posición común que posteriormente era trasladada al resto de empresas implicadas, en reuniones celebradas en el Hotel Alfa, ubicado en la Zona Franca del Puerto de Barcelona. Las reuniones tenían por objeto, tanto obtener el reconocimiento por parte de la Administración Aduanera, como Expedidores Autorizados (EA), posteriormente Receptores Autorizados (RA), como, tras la entrada en vigor del Acta Única Europea, el establecimiento de unas condiciones generales de contratación favorables. A partir de 1997, estas reuniones desaparecieron.

-A partir del 3 de octubre de 2000, fecha que se fija como de inicio del cártel, se institucionalizan reuniones entre las directivas de distintas empresas, con la participación de la recurrente, que se realizan periódicamente hasta el 15 de febrero de 2008. En estas reuniones, al menos 42, se adoptan una serie de acuerdos anticompetitivos, en el ámbito del grupaje, que sintéticamente consisten en lo siguiente:

*Incremento anual de tarifas en función del IPC, que se tomaba como referencia para fijar el aumento de tarifas.

*Recargo por incremento del coste del carburante: se acordó trasladar el incremento del coste del carburante a los clientes, estableciendo una escala al efecto.

* Repercusión del pago de peajes: se acordó repercutir la tasa o peaje previsto por el Gobierno alemán al paso de camiones pesados por las autopistas, diseñando una horquilla porcentual para el pago

*Incremento de las tarifas de las actividades transitorias domésticas: a estos efectos siguieron las indicaciones de la empresa DHL.

* Pacto de no agresión en relación con los empleados de las otras empresas del cártel, supeditando las contrataciones de trabajadores de una empresa integrante del cártel, a la aprobación del competidor.

6. En cuanto a la duración del cártel para la recurrente, la resolución recurrida fijó su inicio en la reunión de 3 de octubre de 2000, y a pesar de que la última reunión acreditada tuvo lugar el 15 de febrero de 2008, fijó su terminación en el 18 de noviembre de 2008, fecha de notificación del expediente sancionador, habida cuenta de que en la reunión de 18 de diciembre de 2007 se adoptaron acuerdos de incrementos de tarifas y de no contratación de personal de los competidores para todo el año 2008, sin que constara la separación de la recurrente de este acuerdo.

7. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), tras la tramitación del expediente sancionador S/120/08 incoado el 18 de noviembre de 2008, mediante resolución de fecha 31 de julio de 2010, adoptó las siguientes decisiones:

a) Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la

existencia de una conducta colusoria prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 y 101 TFUE, en los términos descritos en los Fundamentos de Derecho Cuarto (descripción de la conducta colusoria), Quinto (duración) y Sexto (infracción continuada) de la misma resolución.

b) Declarar a la recurrente, junto con otras empresas, responsable de dicha Infracción.

c) Imponer a la recurrente una multa de 3.093.000 euros.

d) Intimar a las empresas infractoras a abstenerse de realizar las conductas sancionadas o equivalentes.

e) Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de la decisión.

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, subrayando la tendencia de la CNC a no dar una precisa respuesta a los argumentos presentados en la fase administrativa:

1. Indebida aplicación retroactiva de la infracción de cartel y unificación

indebida de la legislación aplicable:

-La Ley 16/89 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, no preveía la infracción de cártel, y las conductas imputadas finalizaron antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2007, por lo que se violado los artículos 9.3, 25.1 CE y numerosa jurisprudencia constitucional.

2. Aplicación retroactiva del procedimiento de denuncia/clemencia:



-La información obtenida con el programa de clemencia es esencial, y no puede emplearse para reprimir conductas no previstas, con efecto retroactivo.

3. Prescripción:

-Las actuaciones anteriores al 28-2-2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, no pueden ser perseguidas como cártel, ni acreditadas a través del procedimiento especial de los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007 .

4. Aplicación retroactiva y extensiva de la figura de la infracción

continuada:

-La resolución estima que existe una única infracción que se inicia el 3 de octubre de 2000 y termina el 17 de noviembre de 2008 a la que aplica la Ley 15/2007, lo que des contradictorio, una pura ficción, supone la aplicación retroactiva de normas sancionadoras, implica una aplicación extensiva y analógica del concepto de infracción continuada, y vulnera una consolidada doctrina jurisprudencial. La Ley 16/1989 no contemplaba la figura de la infracción continuada, que se regula por primera vez en el artículo 68 de la Ley de 2007, que señala que la prescripción se computará desde el momento en que tales infracciones hayan cesado.

- La infracción continuada supone, en realidad, la aplicación retroactiva de la figura del cártel, lo que opera en perjuicio de la recurrente, y evita la prescripción de unas infracciones que, claramente, habían prescrito.

5. Nulidad del expediente sancionador: Orden de inspección, entrada y registro, acuerdo de incoación, e información reservada con entrada judicial:

-Cuando se dictó la orden de investigación (10-11-08), y cuando se solicitó y obtuvo la orden judicial de entrada y registro (12- 11-08), no existía el acuerdo de incoación del expediente sancionador, que no fue adoptado hasta el 17-11-08.

-Invoca el artículo 50.1 de la Ley 17/07 .

6. Vulneración del principio de proporcionalidad y motivación en la sanción impuesta:

-Invoca el artículo 131 de la Ley 30/1992 que no se ha respetado, ni tampoco la doctrina de la STC 140/09

7. Vulneración del derecho a la prueba. Cierre indebido de la fase de instrucción sin práctica de la prueba propuesta. Denegación posterior indebida de la misma por el Consejo. Situación final incompleta del expediente:

-El 6 de noviembre de 2009, la recurrente solicitó la aportación al expediente sancionador de 90 documentos, que se tuvieran por designados determinados informes emitidos por el TDC sobre restricciones legales en materia de transporte y por la CNC, sobre la fijación de tarifas mínimas, así como determinadas cuestiones atinentes a la verificación de los hechos imputados, lo que le fue indebidamente denegado.

-La fase de instrucción se cerró el 16-11-09 sin resolver sobre la prueba propuesta, lo que fue reiteradamente denunciado por la recurrente.

-Concluye afirmando que se ha vulnerado su derecho a la prueba, y que el expediente está incompleto.

8. Las supuestas reuniones concretas mantenidas. Inexistencia del cártel, inexistencia del secreto:

-No se ha acreditado la celebración de las reuniones a que se refiere la CNC, ya que las pruebas se basan exclusivamente en las declaraciones de los solicitantes de clemencia. No hay datos objetivos que lo corroboren, y detecta contradicciones entre los denunciantes. Las reuniones, según la DI, eran conocidas en el sector por lo que no eran secretas, y solo 29 serían, en su caso, ilegales ya que en las restantes se tratarían cuestiones técnicas.

9. Aplicación del incremento general de tarifas: El IPC y la intervención administrativa del precio del transporte. La Ley 15/09 de 11 de noviembre, de Ordenación del Transporte Terrestre:

-Los hechos demuestran que cada empresa ha procedido a la aplicación del IPC durante el período cuestionado, de forma autónoma e individual, por lo que no existe acuerdo alguno.

-La Ley 16/1987, que es aplicable a los transitorios, en su artículo 19.1 , determina la obligación de repercutir el IPC. Invoca el principio de confianza legítima en la medida en que su conducta estaba amparada por una Ley. Destaca que resulta una práctica habitual en las relaciones comerciales.

10. La supuesta acción concertada sobre el incremento del coste del carburante:



-Destaca que todos los incrementos de precios derivados del incremento de valor de los combustibles se hizo en aplicación de la legalidad vigente.

11. La Tasa Alemana MAUT:

-A lo sumo admite que en alguna reunión y a título puramente informativo, se tratara la cuestión de los peajes alemanes. Niega con carácter general que la recurrente asistiera a esas reuniones, y que la mera existencia de un fax a nombre de la recurrente tratando esta cuestión, tenga valor probatorio alguno.

-Desde el 1-1-2005, es obligatorio el pago del peaje llamado MAUT en las autopistas alemanas, y, de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley 16/1987, su coste ha sido repercutido por todas las empresas al tratarse de una tasa. En todo caso se trataría de una conducta amparada por la ley.

12.-Incremento de las tarifas de las actividades transitorias domésticas:

-La decisión de la recurrente de incrementar sus tarifas en un 3,6% responde a una decisión empresarial individual y libre. Es la única empresa que ha aplicado a sus clientes un único incremento por IPC.

-Los precios se aumentan en función de los costes y de la capacidad de negociación de cada cliente.

13. El supuesto pacto de no captación de personal de otros miembros del cártel:

-No se ha acreditado la presencia de la recurrente en las reuniones en las que supuestamente se han decidido los acuerdos colusorios. En todo caso, lo que se habría pactado es una conducta puramente ética, de lealtad entre competidores, pero no con efectos o intenciones anticompetitivas.

-El número de altas y bajas de personal del sector y las rotaciones entre empresas no es muy elevado.

14. Falta de afectación al mercado comunitario e indefinición del mercado relevante. Falta de daños, de beneficios y de agravantes:

-La resolución impugnada no ha cuantificado, ni ha precisado ninguno de los elementos que determinan el importe de la sanción. No hay prueba de que la conducta de la recurrente haya afectado al mercado comunitario. Tampoco hay una precisa definición del mercado relevante, lo que es necesario a los efectos de lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC. Destaca que se trata de un mercado fuertemente intervenido, fragmentado y muy competitivo.

-Hay un gran número de empresas transitorias y una gran rotación de clientela, por lo que la recurrente tiene un escaso poder de mercado, como mucho el 10%.

-No se prueba el supuesto daño al mercado causado por la recurrente, y destaca que la recurrente tiene una rotación anual de clientes de un 30%, las supuestas reuniones informativas celebradas eran conocidas por el sector, el Ministerio de Fomento recomendaba la repercusión de los costes.

-Tampoco se acreditan los supuestos beneficios obtenidos por la recurrente.

-Al no concurrir circunstancias agravantes en el presente caso, este dato debería haberse tomado en cuenta a los efectos del artículo 64.2 LDC.

15. Indebida inaplicación de circunstancias atenuantes:

-La recurrente cooperó de forma activa y efectiva con la CNC durante la investigación

-También concurren otras atenuantes: no implementó los acuerdos, a partir del 15-2-08 no volvió a asistir a las reuniones del supuesto cártel y realizó actuaciones poniendo fin a la supuesta infracción, la falta de obtención de beneficios en todo caso, ofrecimiento de abstención de conductas futuras que pudieran afectar negativamente a la competencia, la existencia de una duda razonable en cuanto al carácter ilícito de la conducta, el hecho de no haber convocado ninguna reunión ni haber prestado sus locales para ello, su conducta no distorsionó el mercado, el no haber facilitado información comercial sensible, la cesación radical de todo tipo de reuniones, el no tener antecedentes.

16. Sobre la deficiente cuantificación de la sanción: Indefensión.

-Denuncia, como motivo de nulidad, la falta de motivación de la decisión sancionadora, que no contiene el detalle del cálculo para la imposición de la multa ya que sólo contiene referencias puramente genéricas.

-La resolución debió tomar en consideración los motivos de graduación previstos en el artículo 64 LDC, y las directrices de la CNC para el cálculo de multas. Así calculado, el volumen de ventas no puede exceder del que se recoge en el cuadro resumen sumativo año por año, aportado como documentos nº 86 y 87, incorporados al expediente administrativo como prueba, destacando que se trata de un mercado fuertemente intervenido, fragmentado y muy competitivo. Niega que tenga una cuota significativa en el mercado ya que a lo sumo



llega al 10%. Niega que tuviera la consciencia de actuar como un cártel y que los hechos tuvieran un impacto importante en el mercado comunitario. Tampoco se ha acreditado que los acuerdos hayan causado perjuicios directos a los clientes, que supuestamente no tendrían poder de negociación, ni al interés general. Termina diciendo que debió aplicarse el coeficiente mínimo para calcular el importe básico, y que la resolución no contestó a las alegaciones reiteradas en sede judicial, por lo que es nula por falta de motivación.

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. Las concretas alegaciones de la demandada serán examinadas en el apartado relativo a la fundamentación jurídica de la sentencia.

CUARTO.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes. Fue designado Magistrado ponente el Ilmo Sr D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, que redactó la sentencia, y al mismo tiempo formula voto particular, limitado a las consideraciones establecidas en el FJ 11 de esta sentencia.

QUINTO.- Señalado el día 18 de marzo de 2014 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto. En la misma se acordó continuar la deliberación el día 25 siguiente, fecha en la terminó la deliberación y se votó.

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 31 de julio de 2010, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el seno del expediente sancionador S/0120/08, en cuya virtud se acordó:

1. Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la existencia de una conducta colusoria prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 y 101 TFUE, en los términos descritos en los Fundamentos de Derecho Cuarto (descripción de la conducta colusoria), Quinto (duración) y Sexto (infracción continuada y prescripción) de la misma resolución.
2. Declarar a la recurrente, junto con otras empresas, responsable de dicha Infracción.
3. Imponer a la recurrente una multa de 3.093.000 euros.
4. Intimar a la recurrente y a las empresas infractoras a abstenerse de realizar las conductas sancionadas o equivalentes.
5. Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de la decisión.

SEGUNDO: Los cuatro primeros motivos de recurso planteados por la recurrente, pueden tratarse conjuntamente en la medida en que entre ellos existe un nexo común, cual es el de la denunciada aplicación retroactiva de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (Ley de 2007), sin perjuicio, obviamente, de realizar menciones específicas a cada uno de ellos, lo que se hará en el FJ siguiente.

Tal y como señala el Abogado del Estado, la lectura del FJ 2 de la resolución impugnada, resulta particularmente clarificadora de la situación objeto de examen, que puede sintetizarse en los siguientes términos: Aunque la fecha de inicio del cártel se haya fijado en el 3 de octubre de 2000, bajo la vigencia de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley de 1989), en realidad, se ha prolongado hasta el finales de 2008, cuando ya estaba en vigor la nueva Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, como indica su Disposición Final Tercera, salvo en lo relativo a los artículos 65 y 66 (régimen de clemencia), lo que para estos preceptos se produjo el 28 de febrero de 2008.

Dado que la norma que tipifica la conducta objeto de sanción tiene exactamente la misma redacción en ambas leyes, pues la única diferencia es el número del artículo en el que están referenciadas, resulta intrascendente la queja relativa a la aplicación retroactiva de una ley posterior de carácter sancionador. En efecto, con esta forma de proceder la CNC no sólo no ha causado perjuicio alguno a la recurrente, sino que la íntegra aplicación de la nueva ley resulta ser la fórmula más razonable, pues, como indica el Abogado del Estado, en todo caso debería aplicarse en cuestiones procedimentales, al haberse iniciado la investigación bajo su vigencia. Por otra parte, no se vulnera en modo alguno el artículo 128 de la Ley 30/1992, no debiendo confundirse como dice la CNC, la irretroactividad con la eficacia. A estos efectos, la resolución impugnada es explícita y menciona



además efectos favorables de la nueva ley, como la posibilidad de acogerse al régimen de clemencia, lo que ciertamente, pero por causa a ella exclusivamente imputable, no hizo la recurrente.

El examen de las resoluciones del extinto TDC, la también extinta CNC y la constantes resoluciones de esta Sala y del Tribunal Supremo, nos permiten afirmar sin género de dudas, que conductas idénticas a las que se identifican en la nueva ley como cárteles, y que son objeto de sanción en el presente caso, han venido siendo sancionadas, también al amparo de la antigua ley, con encaje en el mismo tipo sancionador. La única diferencia es que la nueva ley las denomina "cárteles", adaptando la terminología a los usos europeos, extremo, que no incide en modo alguno en el principio de tipicidad de las infracciones, ni, por tanto, el de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras.

TERCERO: Resuelta la cuestión de la ley aplicable, los cuatro primeros motivos de recurso deben decaer.

En efecto, ni la normativa sobre el régimen de clemencia, que es de naturaleza procedimental como subraya el Abogado del Estado, se ha aplicado retroactivamente ya que el procedimiento se inició el 17 de noviembre de 2008, ni puede calificarse como norma sancionadora, pues no tipifica conducta alguna y sólo responde a una expresión de la política del legislador para la persecución de conductas anticompetitivas, estableciendo la posibilidad de exención total o parcial de las sanciones, y esto es lo más relevante, con una absoluta igualdad de oportunidades para todas las empresas implicadas, debiendo decidir cada una de ellas, con plena libertad, acogerse a ella o no.

Tampoco puede tener acogida favorable la invocación de la prescripción, que tratamos de forma escindida, como propone el Abogado del Estado, en dos capítulos distintos.

Por una parte, esta figura se vincula a la tesis que hemos rechazado sobre la, en opinión de la recurrente, inadecuación de la ley aplicable. En efecto, la idea de lo que es un cártel existía y se sancionaba, antes y después del 1º de septiembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley de 2007. Por su parte, el régimen de clemencia y sus consecuencias, se ha aplicado en el presente caso como derivación lógica de la precedente aplicación de la Ley de 2007.

Por otra parte, y este razonamiento se centra más en la corrección de la aplicación de la categoría de infracción única y continuada, cuya indebida aplicación ha impedido, en opinión de la recurrente, la aplicación de la prescripción respecto de las conductas anteriores a 2007 ya que, subraya la recurrente, sólo a partir de dicha fecha es posible su aplicación. Por el contrario, recuerda el Abogado del Estado, de ser procedente la aplicación de la prescripción, se referiría a las conductas anteriores al 18 de noviembre de 2004, es decir, los 4 años anteriores a la incoación del procedimiento.

A este respecto es importante remitirse a una constante y uniforme jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la que sólo es un ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C-441/11 , apartados 41 y 42, en los que se indica lo siguiente:

"Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando 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. Por ello, 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 (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, 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, Rec. p. I-123, apartado 258).

Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83)".

Tal y como puede observarse, el concepto de infracción continuada no nace por disposición legal, sino que es consecuencia de una creación jurisprudencial, por lo que la falta de mención en la Ley 16/1989 a esta figura,



en modo alguno puede identificarse a una prohibición de la misma. Tampoco la Ley de 2007 establece una regulación precisa de ella, pues se limita a establecer en su artículo 68 , de acuerdo con una consolidada jurisprudencia, el modo en que debe computarse la prescripción, esto es desde el día en que hayan cesado, siendo más explícito sobre el concepto y requisitos para su apreciación, el artículo 4.6 del RD 1398/1993 sobre el ejercicio de la potestad sancionadora. Debe concluirse este análisis subrayando que los presupuestos para apreciar la existencia de una infracción continuada concurren en este caso, pues el precepto infringido es idéntico, y la conducta es unitaria, reiterada y homogénea, siendo consustancial a este tipo de infracciones la unidad de propósito sobre la base de un plan preconcebido, y la permanencia en el tiempo de la misma. En este sentido puede citarse la STS de 15 de abril de 2013, recurso de casación nº 1059/10 .

Todas estas circunstancias concurren en la actuación de la recurrente, que desde el inicio hasta el final del cártel, se muestra activa en el mismo y de forma explícita participa en su desarrollo e implementación, participando en la mayoría de las reuniones para lograr los objetivos fijados de común acuerdo por los integrantes del cártel. En definitiva mostramos nuestra conformidad con los argumentos establecidos en la resolución impugnada y por el Abogado del Estado, en el sentido indicado.

CUARTO: Prosigue la recurrente con la invocación de un quinto motivo en el que solicita la declaración de nulidad del expediente sancionador que imputa a vicios de procedimiento en la Orden de inspección, entrada y registro domiciliario, por ser anteriores al acuerdo de incoación del expediente sancionador. Nuevamente en este punto tenemos que mostrar nuestra discrepancia con los planteamientos de la recurrente, recordando que esta alegación, ha sido ya expresamente desestimada en nuestra Sentencia de 23 de abril de 2010, recaída en el recurso nº 91/2009 , interpuesto por la recurrente contra la referida actuación, siendo también pertinente a estos efectos, la cita de nuestra sentencia de 23 de junio de 2010, recurso 139/2009 .

En el FJ 4 de la primera de estas resoluciones se indicó lo siguiente: "En efecto, nos encontramos ante el enjuiciamiento de una actividad previa al procedimiento sancionador -la orden de investigación y la inspección-, por tanto, antes de haberse iniciado el procedimiento sancionador mediante el acuerdo de incoación del mismo. Y es que como con toda claridad se desprende del artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y del artículo 13 del Real Decreto 261/2008) que específicamente se refiere a las facultades de inspección y concretamente al modo en que deben efectuarse las inspecciones, a estos efectos el personal de la Comisión Nacional de la Competencia y a los efectos de lo establecido en el artículo 40.2.a) de la Ley 15/2007 , el personal autorizado por el Director de Investigación *"podrá realizar inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, cuando existan indicios fundados de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave. El personal autorizado dispondrá de las facultades previstas en el artículo 40.2 b), c) y d) de la Ley 15/2007, de 13 de julio .*

El personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus funciones previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma ..."

Se trata de las inspecciones reguladas en el artículo 40 de la vigente LDC y actualmente en vigor, que sin duda ha reforzado los poderes otorgados a la Comisión Nacional de la Competencia en esta materia, siguiendo la línea marcada en el ordenamiento comunitario de la que se hace eco la propia Exposición de motivos de la nueva Ley en pos, en definitiva, de la lucha eficaz contra las conductas restrictivas de la competencia, muy particularmente contra los cárteles, considerados unánimemente por los especialistas en el sector como la conducta más dañina contra la competencia en el mercado y contra los intereses de los operadores económicos y de los consumidores.

El artículo 40.2 de la LDC , en definitiva, autoriza al personal de la CNC habilitado por la Inspección para obtener la información relevante para la investigación pero sin que ello implique, ni menos presuponga, la actividad sancionadora propiamente dicha.

En definitiva, y contrariamente a lo que se dice en la demanda, no existía obstáculo en la realización por la Dirección de Investigación de una investigación reservada, incluso con inspección domiciliaria de las empresas implicadas, antes de la incoación del procedimiento sancionador, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 LDC cuyo tenor literal es el siguiente:

"Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar un 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."



Y, por lo tanto, la información reservada venía justificada como actividad preliminar e independiente de la incoación del expediente sancionador".

La recurrente insiste con nuevos y reiterativos argumentos que no estimamos necesario desglosar ya que no desvirtúan la normativa citada, a lo que se añade el hecho de que la específica cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala.

QUINTO: El sexto motivo alegado se refiere a la falta de motivación y de proporcionalidad de la resolución al tiempo de establecer la sanción. Este motivo de recurso no puede prosperar como se infiere de la simple lectura de la resolución, pues la CNC ha motivado su resolución de manera suficiente, de acuerdo con los parámetros exigibles, cuestión que trataremos con mayor profundidad en el FJ 10 de esta sentencia, al examinar el motivo de recurso número 16 establecido en la demanda. De forma autónoma y en el FJ 11, trataremos la cuestión relativa a la motivación sobre la aplicación del límite del 10% sobre el volumen total de ventas de la recurrente, cuestión a la se refiere de forma más detallada la recurrente en su escrito de conclusiones.

El séptimo motivo se refiere a defectos de la tramitación procedimental en la fase administrativa, que afectarían a la indebida denegación de prueba, y cierre anticipado de la instrucción. Nuevamente en esta ocasión debemos mostrar nuestra coincidencia con las tesis propuestas por la Abogacía del Estado y concluir que no ha existido la denunciada violación del artículo 50 de la LDC .

La primera cuestión que debe precisarse es la de que no existe un derecho absoluto a la proposición y práctica de la prueba, como claramente se deduce del artículo 50 de la Ley de 2007 invocado por la recurrente, que explícitamente indica que se practicará la prueba que se estime necesaria y pertinente. Corresponde, en principio, a la autoridad instructora determinar las notas de pertinencia y necesidad de la prueba, quedando sujeta esta decisión, a control jurisdiccional, siendo ésta, justamente, la fase en la que nos encontramos. Para que la tesis de la recurrente hubiera podido prosperar, hubiera tenido que centrarse en el establecimiento de un vínculo directo entre la necesidad de práctica de dichos instrumentos probatorios y un resultado sustancialmente distinto al que figura en la decisión recurrida. No es este el caso, pues la recurrente se limita a establecer juicios de valor genéricos, subrayando la importancia de los elementos de prueba propuestos y no practicados. Debe destacarse la complitud de la prueba practicada, la respuesta detallada por parte de la instrucción a las propuestas de la recurrente, y la admisión, de muchas de dichas proposiciones. La denegación de prueba se hace de forma motivada, como recuerda el Abogado del Estado, según consta en los folios 11.664 y 11.665. Se recuerda en dicha motivación, que el objeto de parte de dicha prueba era acreditar el comportamiento de los competidores no imputados, lo que por definición no constituye prueba de descargo. Además, y este elemento es clave en la lógica de este cártel, la actuación de la CNC no se ha encaminado a probar si el acuerdo colusorio estaba destinado a la fijación de precios homogéneos en el mercado, sino a probar que los incrementos de tarifas pactados, se han movido dentro de una horquilla fijada de consuno por los integrantes del cártel, que guarda relación con el IPC. En estas circunstancias, toda la prueba propuesta con la finalidad de demostrar la existencia en el mercado de diversidad de precios, ofrecidos por las empresas implicadas en el cártel, resulta desprovista de pertinencia.

SEXTO: Los motivos octavo a decimotercero se refieren a la acreditación de la conducta, y en concreto abordan cuestiones como la falta de prueba respecto de la participación de la recurrente en reuniones colusorias, la trascendencia del carácter secreto de este tipo de reuniones y las razones por las que se produjeron las transferencias de costes a los clientes, y las condiciones de las mismas bajo un invocado amparo legal.

A este respecto resulta crucial para la comprensión de la lógica del presente cártel, como ya hemos anticipado, y textualmente se indica en la página 94 de la resolución recurrida, subrayar que "la práctica que se considera prohibida no consiste en que las empresas hayan fijado precios uniformes, sino que han fijado el orden de magnitud de los incrementos a aplicar a las tarifas que sirven de base, según declaran las propias empresas, para la negociación con sus clientes".

Tal y como se indica en la resolución recurrida (FJ 4), y se hace recogiendo las observaciones de las empresas implicadas, específicamente la recurrente, el mercado afectado se caracteriza por un cierto poder negociador del cliente, pues, ante una variación de tarifas por parte de algunas empresas prestadoras de servicios, pueden optar por su cambio, lo que puede obligar al operador a no realizar esos incrementos para mantener al cliente.

La práctica sancionada, coordinación en el modo y tiempo de presentar los incrementos de costes, incluso limitada a una cierta horquilla, tiende a diluir ese poder de mercado de que goza el cliente, que termina aceptando el incremento del precio.

La recurrente insiste afirmando que la repercusión de los costes es una operación económica legítima, cuestión que no se discute si se realiza de forma individual por cada empresa. Tampoco se discute en una economía libre de mercado, que una empresa decida asumir esos costes, para presentar en el mercado una



oferta más competitiva, por lo que, salvo mandato legal expreso, lo que como veremos no ocurre en este caso, debemos concluir que no existe la pretendida obligación de repercutir costes. Lo que está penalizado, insistimos, es la coordinación de las empresas en orden a pactar los ajustes sobre las cantidades que deben incrementarse.

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.

La participación de la recurrente en las distintas reuniones está acreditada, en nuestra valoración de los hechos, desde el 3 de octubre de 2000, es decir, desde la primera de ellas hasta la del 15 de febrero de 2008, y la prueba en la que se basa la CNC no es indiciaria, sino directa, pues así se deduce de la documentación obrante en poder de la CNC, a la que se hace referencia en el punto 162 de la resolución recurrida, en relación con el 164 y siguientes.

No se trata, como reiteradamente sostiene la recurrente de una prueba basada exclusivamente en las declaraciones de un solicitante de clemencia y sus notas manuscritas, sino en las declaraciones de tres de ellos, corroborada por la documentación aprehendida en la sede de 4 empresas, entre ellas, la de la propia recurrente.

Sobre este particular, consideramos relevante señalar el folio 2433 del expediente administrativo, en el que consta el acuse de recibo de un fax enviado por el convocante de la reunión de 12 de diciembre de 2000, dirigido a la recurrente, cuya recepción consta, en el que se hace mención a la reunión inaugural de 3 de octubre anterior y se le convoca para la siguiente. También el folio 509 y el 510, que contienen el orden del día de la reunión de 14 de noviembre de 2002 y que fueron encontrados por la inspección en la sede de Salvat. Estos documentos, singularmente los folios 509 y 510, ponen de manifiesto que la recurrente participaba en las reuniones del grupo, y proceden, además, de fuente distinta de la propia solicitante de clemencia. El orden del día de la reunión de 14 de noviembre de 2002, presenta una conexión lógica con los temas tratados en la reunión de 3 de octubre de 2000, lo que nos conduce a dar validez probatoria a las declaraciones de los solicitantes de clemencia y a considerar que la recurrente participó en el cártel desde su inicio.

En definitiva, las reuniones se celebraron de forma sistemática hasta el 15 de febrero de 2008 como se detalla, de forma precisa, en el Hecho Probado Tercero de la resolución impugnada (232), cuya nota a pie de página nº 51 menciona el correo de 11 de febrero de 2008, hallado en la sede de la recurrente, convocando a la reunión de 15 de febrero de 2008, lo que prueba la presencia en el cártel, por parte de la recurrente hasta su terminación.

Para cada reunión se indica quien fue el convocante, la sede de la reunión, los asistentes, y los acuerdos adoptados, todo ello con mención a la documentación incautada y declaraciones concordantes de los implicados.

La participación de la recurrente no está acreditada en toda y cada una de las reuniones, y así puede citarse su ausencia respecto de las de 26 de marzo de 2003, 11 de noviembre de 2003, o 29 de septiembre de 2006. No obstante, de estas ausencias, no puede deducirse, ni la existencia de una pausa en su participación, ni su abandono del cártel. Sobre este extremo es unánime la jurisprudencia, que ya hemos reseñado en el FJ 3, asunto C-441/11, en sus apartados 73 a 75, cuando señala que acreditada la participación en alguna reunión, se entiende que la vinculación a las mismas y a sus acuerdos se mantiene de forma ininterrumpida, a no ser que de forma pública se manifieste la voluntad de alejarse y apartarse de las mismas, expresamente comunicada a sus competidores o a las autoridades de competencia, doctrina reiterada en la Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013, Asunto MRI T-154/09, apartados 193 y ss.

La lectura del Hecho Probado Tercero, siempre con remisión a documentos y declaraciones probatorias, permite concluir que la recurrente tuvo una presencia regular y continuada, desde la inicial de 3 de octubre de 2000 hasta la última de 15 de febrero de 2008, por lo que su participación en las reuniones ha quedado acreditada.

Mencionamos a continuación algunos ejemplos, como faxes enviados por la recurrente, documentación de reuniones del grupo halladas en el registro operado en su sede, o confección, por su parte, de circulares dirigidas al grupo.

SÉPTIMO: El paso siguiente relacionado con el anterior motivo de recurso, es el del análisis relativo al contenido de las referidas reuniones, pues sólo en el caso de los acuerdos adoptados en las mismas tuvieran carácter anticompetitivo, extremo que debe analizarse a la luz de lo que hemos indicado en el inicio de este FJ, la imposición de la sanción sería procedente. Se descarta pues, el examen de documentos vinculados a reuniones de naturaleza puramente técnica.

Nuevamente el examen del Hecho Probado Tercero de la resolución recurrida, nos permite afirmar que la colusión ha quedado acreditada. El Abogado del Estado se apoya en esta relación factual y destaca algunos pasajes de la misma vinculados directamente a las conductas objeto de enjuiciamiento y la participación de la recurrente. Esta metodología nos parece adecuada y muestra el siguiente resultado:



-Incremento anual de tarifas en función del IPC: El examen de esta cuestión pone de manifiesto la intervención de la recurrente (punto 246), informando a sus competidores del incremento que pensaba introducir para un ejercicio concreto (un 2,5%) y la mecánica de la operación, puntos 233, 234 254, 255, o 257, que pone de manifiesto que dicho incremento era el resultado de una negociación, tomando en cuenta el tipo de cliente, y no de una repercusión automática de un índice público y objetivo, que sólo se tomaba como base de la negociación.

-Recargo por incremento de costes de carburante: El punto 295 de la resolución recurrida, describe la mecánica de esta repercusión, esencialmente siguiendo los mismos criterios que en el caso anterior, mencionando el punto 305 la concreta participación de la recurrente, informando a sus competidores que comunicaría a sus clientes un incremento del 2,7%, a partir de determinada fecha, por el referido concepto. En la misma línea, el punto 326.

-Recargos por repercusión de peajes alemanes, MAUT: Las reuniones a este respecto se inician el 14 de noviembre de 2002 (punto 334 de la resolución), precisándose en los puntos 346 y 347 la operativa, y la participación de la recurrente, en términos similares a los ya expuestos.

-Pacto de no captación de personal de otros miembros del cártel: La recurrente admite su existencia aunque lo enmarca en una práctica de lealtad recíproca de empresas, ajena a una práctica anticompetitiva. No obstante, la aplicación de esta medida, supone eliminar la capacidad negociadora de los trabajadores en orden a solicitar aumento de retribuciones, lo que tiene un lógico impacto en la fijación de los precios y la determinación de los márgenes de beneficios. Según dicho pacto, sólo con el consentimiento de la empresa afectada, puede otra proceder a ese tipo de contratación, lo que nos permite desestimar el argumento de la recurrente en el sentido de que se produjeron algunas contrataciones entre dichas empresas, pues justamente ese argumento muestra que dicha opción se ejerció de forma realmente excepcional.

En definitiva, las empresas imputadas, delimitaron el ámbito de su conducta intercambiando información sensible vinculada a los incrementos de precios que pensaban lanzar al mercado, debilitando con esta forma de proceder la autonomía de los competidores, hasta el extremo de llegar a suscribir acuerdos en los términos expuestos. Debe recordarse, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia (STJUE de febrero de 2009 , asunto T-Mobile C- 8/08, que bastaría la prueba del intercambio de información, incluso la emisión unilateral de información, unida a la permanencia en el mercado de las empresas intervinientes en los foros en los que se distribuyó la referida información, para presumir la existencia del acuerdo anticompetitivo, que dado su objetivo, interferencia en la fijación de precios, debe calificarse como tal por su objeto.

El contexto económico en el que se producen los acuerdos no deja margen de duda, y en este sentido es explícita la resolución recurrida, en términos que asumimos, cuando en su FJ Noveno fine señala que el cártel, dada su estabilidad y duración, resulta particularmente nocivo para la economía española cuando los acuerdos, como es el caso, afectan a un negocio crucial para la competitividad de la economía española y para el abastecimiento de los mercados nacionales. Desataca que está protagonizado por importantes oferentes de este tipo de servicios, como es el caso de la recurrente, y destaca que la conducta perseguida, en la medida en que por la vía de la concertación traslada incrementos de costes a los precios, no hacen sino contribuir a la pérdida de competitividad de nuestra economía.

En relación a la naturaleza secreta que caracteriza los cárteles, no podemos sino mostrar nuestra coincidencia de criterio con el Abogado del Estado cuando afirma que "el carácter secreto de un cártel constituye un requisito más descriptivo que constitutivo de esta concreta conducta colusoria", pues ese es el modo en que normalmente se producen estas prácticas. No obstante, nada impide que las reuniones se hagan en sitios públicos, es más, es incluso habitual constatar en la jurisprudencia que las reuniones de determinados cárteles se fraguaron en restaurantes, hoteles, aeropuertos, estaciones de servicio, restaurantes, etc, lo que no desvirtúa su carácter clandestino o secreto, pues el público en general no conocen el contenido de la reunión. Tampoco desnaturaliza el carácter secreto, el hecho de que " a posteriori" se realice una investigación pública sobre el mismo, o que las reuniones sean conocidas o intuidas por personas ajenas al cártel. Escudarse en el secreto es una técnica propia de todos aquellos que operan al margen de la legalidad, lo que no significa que personas ajenas a dicha organización, tengan noticia de que dichas reuniones se producen.

Finalmente, en cuanto al amparo legal de la conducta, debemos mostrar nuestra conformidad con el razonamiento de la resolución impugnada, que en su FJ 7 ofrece una detallada respuesta a dicha cuestión. Debe destacarse que en ningún momento la normativa invocada por la recurrente permite o fomenta el intercambio de información, y que los preceptos invocados, artículos 18 y 19 de la Ley se refieren, de forma excepcional, a tarifas para el transporte público sujetas a determinados condicionantes, y no, al objeto del presente caso que se refiere a precios privados que retribuyen la actividad del transporte de mercancías en el ámbito internacional o europeo. Estos precios se fijan, como ya anticipamos, de acuerdo con el principio de libertad de empresa y



mercado, y no existe pues, ninguna obligación de repercutirlos como costes adicionales. No obstante, si ello se hace, lo que es legítimo, lo procedente es hacerlo de forma autónoma e individual por cada empresario, teniendo en cuenta, como la propia recurrente admite, la capacidad negociadora de sus clientes.

OCTAVO: En el decimocuarto motivo, la recurrente evoca una serie de cuestiones clásicas, indefinición del mercado afectado, falta de efectos nocivos de la conducta imputada, o falta de prueba sobre el impacto en el mercado europeo de la conducta sancionada, respecto de las cuales ha recaído ya una consolidada y amplia jurisprudencia, que se va perfilando con el tiempo, pero sin abandonar los postulados de la inicial Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de junio de 1966, Asunto LMT, 56/65 .

Tal y como recuerda la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto T-Mobile, C-8/08 , apartados 28 a 31, "Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65 , Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15). Prosigue dicha resolución precisando que " Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1

, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua, cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64 , Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006 , Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C- 105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17)."

Desde estas premisas, concluye la referida sentencia diciendo que: "En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia". Así las cosas, deben decaer los alegatos de la recurrente centrados en la falta de prueba de los efectos nocivos para la competencia, pues ello no es necesario, una vez calificada la infracción como anticompetitiva por su objeto, y lo es cuando los acuerdos celebrados, versan de forma directa o indirecta sobre la fijación artificial de precios, diluyendo la autonomía de cada empresario para fijarlos libremente, con o sin repercusión de costes adicionales.

La recurrente muestra su queja ante la falta de definición del mercado por parte de la resolución recurrida, afirmación que combate el Abogado del Estado sobre la base de los razonamientos de la misma resolución, con explícita remisión al FJ 9. Una lectura de dicho pasaje pone de manifiesto, en contra de lo que afirma la recurrente, que, efectivamente, se procedió por parte de la CNC a la definición del mercado afectado, tanto de producto, como geográfico, y eso a pesar de calificar la infracción por su objeto, supuesto en el que las necesidades de definición o de precisión de la delimitación del mercado, se atenúan considerablemente si se compara con el nivel de exigencia requerido para apreciar la existencia de un abuso de posición de dominio, supuesto en el que la constatación de los efectos de la conducta anticompetitiva y de la cuota de cada empresa en un mercado bien delimitado, son determinantes. Tal y como se indica en la resolución, y ello nos parece correcto y suficiente, el mercado examinado es el relativo al de operadores de servicios transitorios, definición que puede hacerse en esos términos, dado que existe un elevado grado de sustituibilidad de oferta y demanda. En cuanto al mercado geográfico, el hecho de que el núcleo de las empresas imputadas opere desde Barcelona, ello no implica, en palabras de la CNC que "marque el perímetro de los mercados relevantes". La autorización con que cuentan las empresas es nacional, así como la demanda de sus servicios, contando con sucursales en el territorio nacional, por lo que debe rechazarse la tesis de la existencia de mercados locales en este caso.

En estas circunstancias resulta apropiado para la resolución de este caso,

la cita de la STJUE de 13 de julio de 2013 asunto C-440/11 , dado que existen evidentes puntos conexión entre ambos supuestos. Recordamos la doctrina de esta resolución en su apartado 101: "En la aplicación del artículo 81 CE , apartado 1, la definición del mercado pertinente tiene como única finalidad determinar si el acuerdo considerado puede afectar al comercio entre los Estados miembros y si su objeto o efecto es impedir, restringir



o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (auto de 16 de febrero de 2006, *Adriatica di Navigazione/Comisión*, C-111/04 P, apartado 31)", por lo que, por las razones expuestas, en el presente caso, como ocurría también el supuesto mencionado por la sentencia referida, la delimitación del mercado efectuada, debe estimarse suficiente.

También cuanto a la afectación del mercado interior, resulta pertinente la cita de la STJUE de 13 de julio de 2013 antes reseñada, pues como indica en sus apartados 99 y 100,

"Es preciso recordar que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que una decisión, un acuerdo o una práctica concertada puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, debe ser previsible con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que ejerzan una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre los Estados miembros, y ello de tal modo que haga temer que pueden obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros. Es necesario, además, que tal influencia no sea insignificante (sentencias de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, Rec. p. I-11125, apartado 34 y jurisprudencia citada, y de 24 de septiembre de 2009, *Erste Group Bank y otros/Comisión*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, Rec. p. I-8681, apartado 36).

De esa forma, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que por su propia

naturaleza, un cartel que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, y obstaculiza de este modo la interpenetración económica pretendida por el Tratado FUE, y puede afectar por tanto al comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1 (véanse en ese sentido las sentencias de 19 de febrero de 2002 , *Arduino*, C-35/99, Rec. p. I-1529, apartado 33; *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, antes citada, apartado 37 y jurisprudencia citada, y de 24 de septiembre de 2009, *Erste Group Bank y otros/Comisión*, antes citada, apartado 38), y que la naturaleza transfronteriza de los servicios afectados es un elemento pertinente para apreciar si existe afectación del comercio entre los Estados miembros en el sentido de esa disposición (véase por analogía la sentencia de 1 de octubre de 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, 311/85 , Rec. p. 3801, apartados 18 y 21)".

Termina la sentencia de referencia afirmando que "En el presente asunto la Comisión concluyó en los considerandos 372 y 373 de la Decisión controvertida, que los acuerdos referidos «podían tener un efecto apreciable en los intercambios entre los Estados miembros», considerando en especial que la naturaleza de los servicios considerados es transfronteriza y que «la suma de las cuotas de mercado de las sociedades de mudanzas interesadas supera el 5 % del mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica [...] [siendo] el total de sus cuotas de mercado en torno al 50 %». La Comisión describió además el mercado afectado en los considerandos 88 a 94 de la misma Decisión, en los que expuso en especial que los servicios afectados son «los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica, entre ellos los servicios de mudanzas "puerta a puerta" que tienen su punto de origen y su punto de destino en Bélgica»; que la cuota de ese mercado en poder de los participantes en el cartel en 2002 era «en torno al 50 %»; que, considerando que «Bélgica forma parte de los centros geopolíticos importantes y constituye [...] un centro de intercambios comerciales», numerosas empresas multinacionales con sede o sucursal en Bélgica acuden a sociedades de mudanzas internacionales para el traslado de sus bienes o los de sus empleados, y que el centro geográfico del cartel estaba situado en Bélgica"

La resolución recurrida en el asunto que es objeto del presente recurso, dedica su FJ 2º a esta cuestión y razona, con un alto grado de paralelismo, en los términos en que se ha expresado la STJUE de 13 de julio de 2013 reseñada. En esencia, y en ello insiste también el Abogado del Estado, indica que, con independencia de que el comercio entre Estados miembros puede verse también afectado cuando el comercio es solamente nacional pues puede impedirse la entrada de competidores foráneos, la actividad económica objeto de enjuiciamiento es transfronteriza, pues, tratándose de transportes más allá de las fronteras nacionales, afecta, al menos, a dos Estados. La recurrente admite una cuota de mercado como máximo del 10%, lo que es suficiente para entender afectado el mercado, cuando estamos en presencia de conductas anticompetitivas por su objeto. En este sentido y respecto del concepto de restricción sensible de la competencia como presupuesto para la aplicación del artículo 101 TFUE y la no vinculación a los umbrales de mercado establecidos en Comunicaciones de la Comisión sobre cuantías mínimas cuando se trata de una violación por objeto, reprimida por la autoridad nacional de la competencia, como en este caso, puede verse la STJUE de 13 de diciembre de 2012, asunto *Expedia* C- 226/11 .

Por las razones expuestas debe decaer también este motivo de recurso.



Finalmente en este apartado, sólo cabe decir que la cuantificación de los beneficios obtenidos será, en su caso, pertinente para la graduación de la sanción, y la petición de indemnizaciones, sin que tengan mayor relevancia las alegaciones sobre la imposición de agravantes, dado que ninguna de éstas se le ha impuesto a la recurrente.

NOVENO: En cuanto a la apreciación de circunstancias atenuantes, nuevamente debemos mostrar nuestra conformidad con lo dispuesto en la resolución recurrida (FJ 11), pues la recurrente, según ella misma reconoce, se limita a reproducir en esta sede los alegatos que hizo en la fase administrativa para justificar la procedencia de hasta 8 circunstancias atenuantes. La pasividad alegada por la recurrente choca frontalmente con su acreditada asistencia a las reuniones desde la primera convocatoria y el envío de faxes y consignas sobre la concertación ampliamente descritas en el Hecho Probado Tercero de esta resolución, el hecho de que no haya liderado el proceso colusorio no implica la concesión de una atenuante, sino, más bien, el no haber incurrido en una agravante. No existe prueba alguna de su distanciamiento público del cártel, y su falta de resistencia a la actividad inspectora practicada dentro des límites de la legalidad, puede calificarse, además de cómo una obligación, como una regla de conducta prudente, que probablemente le haya librado de una sanción autónoma por este concepto.

DECIMO: La cuestión relativa a la falta de motivación de la sanción, e infracción del principio de proporcionalidad, ha sido combatida por la recurrente, sustancialmente por el hecho de no conocer, no tanto los criterios seguidos por la resolución sancionadora, que en definitiva son los plasmados en el artículo 64 de la Ley de 2007, como más bien, los detalles y concretos parámetros que han sido tomados por la CNC para la fijación de la sanción.

En este examen deben distinguirse dos planos, el relativo a la normativa aplicable, constituida por los artículos 61 a 64 de la Ley de 2007, que es la aplicable al presente caso, según hemos ya expuesto en el FJ 2 de esta sentencia, y la concreta aplicación de la misma y los razonamientos establecidos en la resolución recurrida al efecto.

En relación a la primera de las referidas cuestiones, el Tribunal Supremo ha desarrollado un cuerpo de doctrina que puede considerarse consolidado, pues son varias las sentencias ya recaídas sobre esta cuestión, ciertamente en relación con la ley de 1989, pero dado que en este extremo el paralelismo de los textos es sustancial, entendemos que procede su invocación en el presente caso. Así podemos citar, a título de ejemplo, la de 3 de febrero de 2009, recurso de casación nº 7280/2005, cuyo FJ 3 señala que: "Es cierto que las multas previstas en la Ley 16/1989 lo han sido, como en otra ocasión hemos afirmado (sentencia de 8 de marzo de 2002, recaída en el recurso de casación 8088 de 1997), dentro de márgenes muy amplios, pero no absolutamente indeterminados, con referencia a variables o criterios sin duda generales y de no fácil y exacta verificación. De modo que no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de «dosimetría sancionadora» rigurosamente exigibles. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia, pues resulta inherente a toda decisión sancionadora de este género, además de la finalidad estrictamente represiva, la de defender los intereses públicos "concretados en el funcionamiento concurrencial del mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores" incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras.

Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989 , puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992 .

A partir de estas consideraciones, estimamos que los apartados primero y segundo del artículo 10 no son susceptibles del reproche de inconstitucionalidad que la parte recurrente pretende. Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de éste, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la "importancia" de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción



pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio artículo 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso.", criterio reiterado en la posterior, STS de 1 de diciembre de 2010 rec. de casación nº 2685/08, FJ 6.

Así las cosas, la posición del Tribunal Supremo es clara: la normativa es ajustada a la Constitución, la autoridad de competencia goza de un amplio margen de maniobra para fijar la sanción y deberá estarse a la justificación por parte de ésta, a las exigencias de la normativa invocada.

Por su parte, el Tribunal de Justicia mantiene una posición similar, pero tradicionalmente ha limitado las exigencias de motivación a dos elementos clásicos, la duración de la infracción y su gravedad, únicos parámetros exigibles a los que se refiere, en la actualidad el artículo 22.3 del Reglamento 1/2003. Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia, en la sentencia de 6 de abril de 1995 asunto Treflunium T- 148/89, apartados 141 y 142, suscitó, por primera vez, la cuestión de ampliar las exigencias de motivación a elementos complementarios que permitan conocer el detalle de la cuantía, posición que no ha sido asumida por el Tribunal de Justicia. No obstante, desde la STJUE de 16 de noviembre de 2000, asunto Sarrió C- 291/98, apartados 68 a 78, se advierte un cierto punto de inflexión a este respecto, pues se subraya la conveniencia de que la motivación de la resolución contenga la mayor información posible, lo que garantiza la transparencia de funcionamiento de la autoridad de competencia y facilita el control, jurisdiccional del acto. Tras la sentencia de 27 de septiembre de 2011 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Menarini, la cuestión ha resurgido con más intensidad, y buena prueba de ello son las consideraciones vertidas en las Conclusiones del Abogado General M Whatelet de 26 de septiembre de 2013 en el asunto Telefónica C-295/12, o las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, dictadas a raíz del Asunto Chalkor C- 386/10, apartado 61, pues, tal y como ha declarado el TEDH, en la referida sentencia Menarini, apartado 63, el juez debe realizar un control en profundidad sobre el carácter apropiado de la multa desde el respeto al principio de proporcionalidad, apartados 64 y 66, y para ello deberá contar con la información necesaria.

En lo que respecta al presente caso, el examen de la resolución pone de manifiesto que la CNC ha motivado suficientemente el periodo de duración del cártel, pues a ello ha dedicado el Hecho Probado Tercero, y el FJ 5, concluyéndose que la recurrente participó asiduamente en el mismo desde la primera reunión, el 3 de octubre de 2000, hasta el 18 de noviembre de 2008 cuando le notifican la incoación del procedimiento, dado que participó en la reunión de 18 de diciembre de 2008 en la que se adoptaron acuerdos anticompetitivos, sin que conste su separación pública de los mismos.

También está motivada la calificación de la conducta como falta muy grave, extremo al que dedica el Hecho Probado Tercero, en el que describe los distintos tipos de acuerdos y la concreta participación de la recurrente, para a continuación, en los FJ 4 y 6, analizar las conductas descritas, exponer en qué consiste la práctica anticompetitiva y por qué razón vulnera el artículo 101 del TFUE y 1 de la Ley de 2007, y su tratamiento como infracción única y continuada.

La resolución impugnada, analiza además, el FJ undécimo, otros elementos, como la existencia de beneficios ilícitos para las empresas infractoras, indicando que repercuten el IPC y el coste del combustible englobado en el mismo, la existencia de perjuicios para los clientes en la medida, según afirma, que les priva de su libertad de elección, aún admitiendo que estas magnitudes no están cuantificadas, analizando también la procedencia de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad, que no concurrían en el caso de la recurrente.

La CNC, en aplicación de sus propias Directrices sobre el cálculo de las multas, expone en dicho FJ los elementos tomados en consideración para el cálculo del importe básico: cifra de volumen total de ventas de la recurrente en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción (2009), al que se aplica el porcentaje del 10%, el mínimo previsto en la referidas Directrices para las infracciones muy graves, limitando el coeficiente multiplicador para los primeros años de la infracción a la facturación mínima de la empresa, al no contar con el volumen de negocio de las partes, sin que en el caso de la recurrente concurren circunstancias modificativas.

En estas circunstancias debe concluirse que la resolución cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales reseñadas, especialmente las que afectan a la gravedad y duración de la conducta, elementos esenciales sobre la que se impone la sanción.

La sanción, así calculada, no infringe el deber de motivación, pues se ha fijado sobre las referencias esenciales exigibles, que han sido motivadas. Cuestión distinta es la de que se hubiera impuesto una sanción más elevada, con base en la aplicación de un coeficiente superior para calcular el importe básico, o en atención a los efectos de la conducta en el mercado, o por los beneficios ilícitos obtenidos, o por la concurrencia de circunstancias agravantes, u otras de las mencionadas en el artículo 64 de la Ley de 2007, pues en ese caso la motivación debería ser más precisa en orden a justificar el incremento de la sanción y facilitar su ulterior control jurisdiccional.



La cuestión relativa a la proporcionalidad de la sanción se solapa con la cuestión analizada en el FJ siguiente, por lo que nos remitimos al mismo.

UNDECIMO: 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 represión 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.

DUODÉCIMO: 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 el FJ 11 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 570/10.

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 11 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. 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, pues 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 , Novácke 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 11 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.