



Roj: **SAN 1063/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:1063**

Id Cendoj: **28079230062015100101**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/03/2015**

Nº de Recurso: **696/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000696 / 2012

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 08002/2012

Demandante: D. Eladio

Procurador: D^a BEATRIZ GONZÁLEZ RIVERO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: COMFORT TOURISTOUR SL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a diez de marzo de dos mil quince.

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 **696/12**, seguido a instancia de **D. Eladio**, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Beatriz González Rivero, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido, en calidad de codemandada, la mercantil **Comfort Touristour SL**, representada por la Procurador de los Tribunales D^a Carmen Iglesias Saavedra. El recurso versó sobre **impugnación de sanción de la CNMC**, la cuantía se fijó en menos de 600.000 €, 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. El recurrente es un empresario individual cuya actividad principal es el transporte de viajeros por carretera.
2. El Departamento de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, convocó el 3 de agosto de 2010 el concurso público nº 440/10 a los efectos de adjudicar un contrato de prestación de servicios de transporte para viajeros, para actividades lúdico-deportivas, socioculturales y socioeducativas. Los criterios finales de adjudicación otorgaban a la oferta económica una ponderación del 80% y un 20% a la oferta de plazas disponibles para el desplazamiento de personas con discapacidad.
3. El 15 de noviembre de 2010 se adjudicó el contrato al recurrente, dando cuenta el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria a la CNC del hecho de que se detectó una clara coincidencia en las pujas realizadas por todos los participantes en el proceso de selección.
4. En concreto, la CNC reprocha al recurrente las siguientes conductas:
 - Tres empresas imputadas, entre ellas la del recurrente, ofrecieron 902 precios idénticos en la puja, que se corresponden a los 902 servicios que debían prestarse atendiendo a los distintos horarios y rutas.
 - No ofrecen explicación razonable a esta coincidencia y además se detecta un mismo error tipográfico en todas las ofertas.
 - La cláusula particular octava permitía expresamente, la posibilidad de subcontratar las prestaciones con terceros, hasta un porcentaje inferior al 60% del importe de la adjudicación.
5. Mediante Resolución de fecha 25 de octubre de 2012, la CNC adoptó el siguiente acuerdo:
 - a) Declarar que el recurrente, en unión de otros, ha incurrido en una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 en los términos descritos en el FJ 4 de la misma resolución.
 - b) Imponer al recurrente una sanción de multa por importe de 53.900 euros.
 - c) Instar al Servicio Canario de Defensa de la Competencia para la vigilancia de la referida Resolución.

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

1. Caducidad del procedimiento administrativo:
 - Incoado el expediente sancionador el 8 de abril de 2011, termina por resolución de 25 de octubre de 2012, notificada al recurrente el día 30 siguiente.
 - El Consejo suspendió el procedimiento desde el 20 de septiembre de 2012 hasta el 15 de octubre de 2012, en concreto para pedir al recurrente que aportara cifras sobre su volumen de negocios, documentación que ya obraba en poder de la Administración (Informe-propuesta de la DI de 9 de febrero de 2012, pág. 44), evacuando el recurrente dicho trámite el 5 de octubre de 2012. A lo sumo debió notificársele la resolución sancionadora el 23 de octubre de 2012.
 - Subraya que el Consejo adoptó la suspensión del plazo para resolver, pero nada se acordó respecto de la suspensión de la tramitación del procedimiento cuyo plazo máximo es el fijado por el artículo 28 del RD 261/2008.
2. Inexistencia de prueba sobre la práctica imputada a la recurrente:
 - La adjudicación de los contratos no se rigió, exclusivamente, por la oferta económica, dada las previsiones de los pliegos y la fórmula de cálculo de ponderación de la oferta, por lo que ningún acuerdo podía tener incidencia en el resultado del concurso.
 - La coincidencia de propuesta de baja entre las empresas objeto del expediente, ni les afecta ni les aprovecha dado lo escaso de medios adaptados de que disponen las empresas y pudieron comprometerse.
 - El recurrente dobla en puntuación a sus competidores, por lo que no necesitaba realizar pacto alguno.
 - No puede reputarse la existencia de una concertación por la coincidencia de determinadas ofertas, sin que se haya hecho en la resolución una valoración del contexto jurídico y económico del supuesto acuerdo ni de la naturaleza de del mismo.
 - No consta el objetivo de la cooperación.

-Los intercambios de información no constituyen infracciones por objeto, y deberán evaluarse en su contexto.

3. Análisis de las pruebas presentadas en el expediente:

-Invoca el dictamen pericial aportado por la recurrente que acredita: a) el criterio de adjudicación, según el contrato, es el compromiso de acreditación de suficiencia de medios materiales adaptados a la específica materia de ejecución de la prestación convenida, b) La oferta realizada por el recurrente no podía ser mejorada por los competidores.

4. Calificación jurídica de los hechos:

-No son prácticas anticompetitivas sancionadas por el artículo 1 de la LDC .

-La coincidencia en los precios se explica por el intercambio de información, previa, pero cada empresario realizó su propuesta de forma autónoma.

5. El recurrente ejecuta el contrato con medios propios, sin que exista prueba sobre pacto o acuerdo entre licitadores.

6. Nula incidencia de la valoración de la oferta económica por la Mesa de Contratación en la adjudicación del contrato:

-Subraya que el recurrente obtuvo la máxima puntuación en las dos categorías baremables de la convocatoria.

-No existe lógica económica alguna que justifique la supuesta concertación, pues los restantes licitadores no obtendrían beneficio alguno con ello, dada la ventaja del recurrente en el segundo apartado de la licitación.

Finalmente, ya en el trámite de conclusiones, se desarrolla la tesis sobre el carácter desproporcionado de la multa.

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

1. Inexistente caducidad del procedimiento:

-Invoca el artículo 12.3 del RD 261/2008 , y subraya que el requerimiento de información de 20 de septiembre de 2012, pretendía completar una información provisional ya existente y apela al deber de colaboración establecido en el artículo 39.1 de la Ley 15/2007 .

-El 9 de octubre de 2012 tuvo que reiterar el requerimiento, al no haberse cumplimentado el anterior en el plazo de 10 días.

-Las actuaciones se reanudan el 17, con efectos del 15 de octubre, tras la incorporación de la documentación solicitada, sin que pueda imputarse a la CNC negligencia de tipo alguno.

2. La conducta colusoria:

-Subraya que las mayores rebajas se producen respecto de los autobuses de menor tamaño, los menos demandados, y al contrario, por lo que, de no haber existido acuerdo, alguna empresa hubiera podido ofertar un precio inferior en alguna de las rutas que debían realizarse con los autobuses de mayor cabida. No es lógico, que tres empresas de distinta envergadura hagan la misma oferta.

-Destaca que la infracción imputada, lo es por su objeto, por lo que carece de relevancia la determinación de la posición de las partes en el mercado o los efectos de la conducta.

-No es cierto que una rebaja del 20% del precio máximo fijado por la Administración deba calificarse de temeraria, pues lo sería una rebaja del 20% de la media aritmética de los porcentaje de baja de todas las proposiciones presentadas.

-La actuación del recurrente no puede ampararse en las particularidades de una UTE, pues no lo es, y por otra parte, el acuerdo denunciado es, en si mismo, anticompetitivo.

-Invoca la doctrina jurisprudencial sobre la prueba de presunciones basada en la coincidencia de la oferta de precios en todas las rutas con las mismas erratas tipográficas, y subraya que las explicaciones dadas por las sancionadas, no refutan los presupuestos de base.

-Destaca la importancia en la ponderación de la oferta económica.

CUARTO.- D^a Carmen Iglesias Saavedra, en la representación que ostenta, formuló escrito de contestación a la demanda en los siguientes términos.

1. Sobre la caducidad del expediente:

-Sólo existe un expediente y procedimiento administrativo, por lo que los efectos de los actos de tramitación dictados en el mismo, son comunes para todos, siendo el alzamiento de la suspensión un acto de valoración de las circunstancias que dieron lugar a la misma.

-La información obrante en el expediente no era definitiva, por lo que la CNC se vio obligada a suspender el procedimiento, que debe mantenerse hasta que se completa el conjunto de los elementos demandados, por lo que no ha existido la violación denunciada.

2. Sobre la inexistencia de conducta colusoria:

-Destaca las coincidencias en los precios ofertados que obedecen a complejas combinaciones, teniendo en cuenta la capacidad de los vehículos y de los trayectos.

3. Sobre la graduación de la sanción, se remite a los fundamentos de la resolución recurrida.

Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:.- Señalado el día 3 de marzo de 2015 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO:.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario establecido en los artículos 45 a 77 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

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 25 de octubre de 2012, de la CNC por la que se adoptó el siguiente acuerdo:

a) Declarar que el recurrente, en unión de otros, ha incurrido en una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 en los términos descritos en el FJ 4 de la misma resolución.

b) Imponer al recurrente una sanción de multa por importe de 53.900 euros.

c) Instar al Servicio Canario de Defensa de la Competencia para la vigilancia de la referida Resolución.

SEGUNDO: La primera cuestión que debe analizarse es la relativa a la posible caducidad del procedimiento administrativo y lo hacemos en sentido adverso a las pretensiones de la recurrente.

El procedimiento fue incoado el 8 de abril de 2011, siendo la fecha legal de terminación 18 meses después, esto es, el 8 de octubre de 2012 (artículo 36.1 Ley 15/2007). Al haberse notificado la resolución de terminación al recurrente el 30 de octubre, es evidente que el plazo se ha excedido en 22 días. Para el cómputo de los días, por disposición del artículo 12.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero, se tendrán en cuenta los días naturales.

No obstante lo anterior, el procedimiento estuvo suspendido desde el 20 de septiembre de 2012, hasta el 15 de octubre siguiente, es decir, durante 25 días, por lo que, si la suspensión estuvo justificada, no habría caducado el procedimiento.

Sobre este punto debemos mostrar nuestra conformidad con las tesis de la defensa del Estado y la codemandada, en el sentido de que la suspensión estuvo justificada y ello por las siguientes razones.

1º La suspensión se acordó, como diligencia complementaria, el 20 de septiembre de 2012 por diez días, para requerir a las tres empresas imputadas en orden a aportar una determinada documentación en su día solicitada por el Servicio. En concreto se les pedía el volumen total de facturación de los años 2010 y 2011, para cada una de las islas y en relación con los servicios discrecionales de transporte prestados a distintas instituciones públicas, con el correspondiente desglose.

2º Esta petición de información se estima no sólo razonable, sino totalmente necesaria para realizar el cálculo de la eventual sanción a imponer, sin que puedan atenderse las alegaciones de la recurrente en el sentido de que dicha información obraba ya en el expediente administrativo, en concreto en su página 44. La petición formulada se refiere a la documentación que contenga la cifra de negocios definitiva de las tres empresas, pues la obrante en autos, que es a la que se refiere la recurrente, sólo refleja datos provisionales (folio 1226 del expediente). Sobre este particular extremo nada alegó el recurrente.

3º. La suspensión tuvo que reiterarse el 9 de octubre de 2012 por un plazo de 5 días, ante el incumplimiento del recurrente en el plazo indicado, decisión plenamente justificada ya que en la fecha indicada, dicha documentación no se encontraba en poder de la CNC.

Expresamente debe hacerse mención al dato de que el recurrente insiste en que cumplimentó el requerimiento el 5 de octubre anterior. La lectura del expediente electrónico revela exactamente lo contrario, razón por la que la CNC procedió al un nuevo requerimiento (folio 1247). La recurrente no puede seriamente afirmar que la documentación requerida obraba en poder de la CNC desde el 5 de octubre, ya que ese mismo día fue cuando la envió por correo desde Las Palmas de Gran Canaria (folio 1264).

4º. La referida documentación efectivamente tuvo su entrada en la CNC el 11 de octubre de 2012, fecha que determina el cumplimiento del requerimiento, mientras que la otra empresa requerida al efecto., Transportes Antonio Díaz Hernández SL, la presentó el 16 de octubre y no el 3 como se indica en la demanda. Es cierto que dicho documento lleva fecha de 4 de octubre de 2012, pero el sello de entrada en la CNC revela que se presentó el 16 de octubre de 2012 a las 14 h, 21min, 39 seg, por lo que entendemos que ese fue el momento de la presentación.

5º. La CNC levantó la suspensión el 17 de octubre, con fecha de efectos del 15, es decir, Incluso un día antes de lo que debía, por lo que ninguna alteración indebida de los plazos se ha producido.

No puede acogerse la tesis del recurrente en el sentido de que nada se acordó sobre la suspensión de la tramitación del procedimiento, pues olvida la recurrente que el plazo máximo establecido de 18 meses, es común para la tramitación y la resolución, por lo que es evidente que la decisión de suspensión se acordó en la forma y manera establecida en la Ley 15/2007

En atención a las circunstancias expuestas, debe concluirse que el procedimiento estuvo suspendido de forma justificada durante 25 días, por lo que no se ha excedido el plazo máximo de 18 meses, restando aún 3 días para ello.

TERCERO: En cuanto al fondo del asunto, debe ponerse de manifiesto lo siguiente.

1º La infracción que la CNC imputa a la recurrente es un acuerdo para la fijación de precios ante una licitación pública. Para determinar si dicho acuerdo constituye una práctica anticompetitiva por objeto, deberá tenerse en cuenta, los términos del acuerdo mismo, el contexto legal y económico en el que se produce y los fines que persigue (STJUE de 6 de abril de 2006, C- 551/03 punto 66 asunto General Motors)

2º El acuerdo para la fijación de precios se subsume en el artículo 1 de la Ley 15/2007 y 101.1 del TFUE y constituye, en principio, una infracción por objeto y está calificada por una jurisprudencia unánime como una de las más graves que pueden realizarse en el ámbito del Derecho de la competencia. Por ello, no es necesario para imponer la sanción, ni delimitar el mercado, ni probar los efectos nocivos para la libre competencia derivados del pacto ya que éstos pueden presumirse. (STJUE de 14 de marzo de 2013 Asunto Allianz Hungaria, C-32/11 , punto 38). El contexto jurídico y económico en el que se desarrolla la conducta sancionada se describe suficientemente en la resolución recurrida, concretamente en la relación de hechos probados y los fines del mismo, resultan evidentemente anticompetitivos ya que tratan de limitar la producción de una oferta económica más competitiva.

3º. La circunstancia de que no exista prueba documental sobre el pacto denunciado, extremo admitido expresamente por la CNC, no impide la imposición de una sanción, en la medida en que puedan identificarse los rasgos esenciales del acuerdo. Ésta podrá imponerse si la CNC acredita por la vía de presunciones iuris tantum, la realidad del mismo, para lo que debería acreditar: la existencia fáctica de indicios de la colusión, un vínculo preciso y directo con la misma. Además, se requiere la falta de una explicación alternativa razonable ofrecida de contrario (SSTS 174 y 175/1985 , posteriormente reiterada).

4º. Resulta ser un hecho incuestionado y no rebatido por la recurrente, que se produjo una coincidencia en las ofertas realizadas por las empresas sancionadas, que se resume en los siguientes términos:

a) Tres empresas, con estructuras económicas y dimensiones de negocio sustancialmente distintas, realizan exactamente la misma oferta económica, lo que implica la coincidencia en 902 precios, correspondientes a todos los trayectos que debían cubrirse, debiendo precisarse que entre ellos podían apreciarse rutas y horarios diferentes y capacidades de vehículos distintas. La coincidencias se extiende a 3 elementos más, para los que no se establece precio máximo de licitación y que se reflejan en el pliego técnico.

b) En concreto, los trayectos ofertados y sobre los que operó la plena y absoluta coincidencia de precios, eran los siguientes: a) desplazamientos urbanos e interurbanos: 91 rutas, con 5 tipos de autobuses diferentes y 455 precios distintos), b) traslados por excursiones: 34 destinos distintos, con 5 capacidades de vehículos diferentes y 169 precios distintos), y c) traslados por excursiones específicas: 56 destinos y 5 capacidades de

vehículos diferentes y 280 precios distintos. Resulta particularmente llamativo el examen del hecho probado nº 24, que pone de manifiesto que la coincidencia de precios no es el resultado de la aplicación de un porcentaje global a todas las rutas en su conjunto, sino que la coincidencia se vincula a cada uno de los trayectos ofertados y a cada una de las capacidades de los vehículos.

c) De las tres empresas sancionadas, dos, al realizar su oferta, cometen en la documentación presentada el mismo error ortográfico, como se detalla en el hecho probado 26 de la resolución impugnada, sin que éste extremo haya sido rebatido por la recurrente. El error consiste en la discordancia entre el adjetivo y el sustantivo empleados en un determinado momento, al consignarse la expresión: "aquellos recorridos" al referirse a la fijación del precio unitario por kilómetro.

Existe pues, prueba de un hecho indiciario (coincidencia absoluta de 902 precios, ofertados por empresas totalmente diferentes, que cometen el mismo error gramatical al formular propuestas independientes). El vínculo directo y preciso con la conducta ilícita es manifiesto, pues ningún sentido tendría la realización de esta práctica si no des en consideración a un pacto colusorio ante la licitación pública a la que concurren. No obstante lo anterior, se examina a continuación la explicación alternativa ofrecida por la recurrente.

5º. La oferta económica supone un 80% de los criterios de adjudicación, y el 20% restante se otorga en función de la mayor disponibilidad de vehículos para discapacitados, parámetro en el que el recurrente resulta objetivamente ganador.

La recurrente concentra su argumentación en desvirtuar la importancia de la oferta económica, llegando a afirmar que una rebaja del 20% del precio máximo fijado por la Administración, sería calificada como de temeraria. De entrada debe subrayarse la contradicción en la que incurre, pues la propia recurrente resultó adjudicataria habiendo realizado una oferta inferior en un 26,54% al precio máximo fijado por la Administración.

Tal y como pone de manifiesto el Abogado del Estado, el pliego de condiciones particulares señala que se considerarán temerarias las proposiciones cuyo porcentaje exceda en 20 unidades por lo menos a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, sin perjuicio de las facultades del órgano de contratación de apreciar lo contrario, condición que nada tiene que ver con una baja del 20% sobre el precio máximo, sin mayores matizaciones como pretende la recurrente.

La resolución recurrida realiza dos simulaciones, consignadas en el hecho probado 39, en las que, aplicando los criterios mencionados en el pliego referido, pone de manifiesto que con una oferta inferior al precio máximo de un 34,4% o de un 30,200%, el recurrente hubiera podido no ser el adjudicatario. El propio recurrente en su demanda señala que, sólo con rebajas de precios de entidad similar, podría haberse alterado el resultado de la adjudicación e insiste en que ello no es posible por ser bajas temerarias, argumento inconsistente como hemos señalado pues no hace referencia a la media aritmética de todas las licitaciones, como se explicita en el hecho probado 39 al que nos remitimos.

La valoración de la prueba pericial practicada a instancias de la recurrente no altera el razonamiento expuesto, pues, insiste en la imposibilidad de realizar una oferta económica inferior a la del recurrente, afirmación que no compartimos por las razones expuestas

Así las cosas, y dado que la concertación ha intentado evitar que dos de los competidores pudieran realizar una oferta al estilo de las descritas, no puede aceptarse el planteamiento de la recurrente sobre el carácter irrelevante de la oferta económica.

6º. La recurrente admite expresamente que el intercambio de información con otros competidores sobre los precios futuros que iban a ser ofertados en el concurso público, puede ser la explicación de la coincidencia de precios ofertados (página 17 y 18 de la demanda).

La jurisprudencia (STGUE de 14 de marzo de 2013 T-588/08, asunto Dole Food punto 62), es inequívoca cuando señala que un intercambio de información sobre precios futuros entre competidores activos en el mercado, "puede ser contrario a las normas sobre competencia en la medida en que debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trata, con la consecuencia de que restringe la competencia entre las empresas" y éste es, precisamente, el caso que nos ocupa, pues el hecho de que una vez producido el intercambio, cada uno de las empresas oferentes realiza la oferta libremente y por su cuenta, es del todo punto inoperante dado que con ello se ha suprimido el grado de incertidumbre

No pueden compartirse sus afirmaciones sobre la similitud del caso enjuiciado con el de una UTE, pues se trata de situaciones y realidades diferentes. La creación de una UTE, persigue justamente la finalidad contraria a la de un pacto anticompetitivo, cual es la de posibilitar la intervención de un operador más en el mercado mediante la unión de otros que individualmente no podría acceder o lo harían sin posibilidades reales de obtener la adjudicación. El pacto denunciado, persigue eliminar la competencia mediante la presentación de

una oferta artificial de precios, elaborada para satisfacer las expectativas del adjudicatario y, en realidad, reduciendo el número de participantes en el concurso. Los acuerdos tomados en el seno de una UTE pueden ser anticompetitivos o no, en función de su naturaleza, lo que nada tiene que ver con la constitución de la UTE, que en principio, puede ser un estímulo para la competencia.

7º. También señala la recurrente que la concertación de las tres empresas es una operación carente de lógica económica, pues ninguna de las otras dos obtiene beneficio alguno con dicha operación. Tampoco este argumento tiene fuerza suficiente para desvirtuar nuestras conclusiones, pues la determinación de la lógica económica de la concertación es una cuestión puramente especulativa, tanto para afirmarla, como para negarla. Lo cierto es que las condiciones de la licitación permitían la subcontratación de las prestaciones hasta la importante cantidad del 60% del precio de adjudicación.

Esta simple posibilidad permite afirmar que la concertación podría obedecer a una finalidad económica, beneficiosa para todos los integrantes de la misma.

En atención a lo expuesto, procede desestimar los motivos de oposición alegados por la recurrente

CUARTO: Finalmente debemos analizar la cuestión relativa a la graduación de la multa impuesta. Para ello deberá tomarse en consideración la STS de 29 de enero de 2015, recurso de casación nº 2872/2013, que en sus FFJJ 5 a 9 dispone: " **Quinto.**- La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 - denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios").

Esta es una interpretación que seguramente no plantearía problemas desde la perspectiva del derecho nacional si no fuese por la incidencia de un elemento externo -el artículo 23, apartado 2, párrafos segundo y tercero, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en lo sucesivo, Reglamento 1/2003) - al que más tarde haremos referencia. Responde a lo que es usual en las normas sancionadoras administrativas, en las que el legislador fija un intervalo (un espacio entre dos valores, uno máximo y otro mínimo) de las sanciones pecuniarias posibles, bien haciéndolo en términos fijos (multa de 1 euro hasta x euros) bien en términos porcentuales (multa del correspondiente tanto por ciento, desde 0 hasta x, de una determinada magnitud, sea ésta el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada, el contenido económico de la operación de blanqueo de capitales detectada, u otras similares).

Desde esta perspectiva cada uno de los porcentajes máximos establecido por el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, en función de la calificación de la conducta como infracción leve, grave o muy grave, tiene la misma naturaleza, lo que revela -junto con el resto de consideraciones que hacemos- la debilidad del argumento que emplea el Abogado del Estado cuando sostiene que uno de ellos (el diez por ciento) no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones sino como factor de moderación *a posteriori*, esto es, una vez calculadas éstas. Para el Abogado del Estado aquel porcentaje operaría únicamente como límite extrínseco, como "un umbral máximo que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesta no podrá superar". La finalidad de este límite del diez por ciento sería, a su juicio, la de evitar que "la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito, por cuanto la desaparición de una empresa en cierto sector en nada ayuda a la competencia en el mismo". El argumento del Abogado del Estado, sin embargo, no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales (el uno y el cinco por ciento) pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al uno por ciento del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos.

Si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el uno y el cinco por ciento) tienen, en la configuración normativa del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el diez por ciento para las infracciones muy graves, la tesis del Abogado del Estado que acabamos de exponer -y que coincide con la que asume la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE - dicha tesis, decimos, no resulta aceptable.

La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el "importe básico de la sanción" sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes -que pueden ser, obviamente, varias- se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios.

Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.

El Abogado del Estado defiende, por el contrario, que el límite del diez por ciento actúa únicamente como ulterior "umbral de nivelación" de la sanción ya definida. Con esta expresión (que, por lo demás, no figura en el Reglamento 1/2003 aunque sí en la versión en español de algunas sentencias del Tribunal de Justicia) se quiere identificar lo que hemos denominado "límite extrínseco" aplicable a las sanciones, una vez fijada previamente la cuantía "apropiada" de éstas según el método de cálculo que hace suyo la Comunicación de la Comisión Nacional de Competencia. Dejaremos aparte el hecho de que, en castellano, el término "umbral" no tiene el significado que se emplea en el recurso: umbral es la parte inferior o escalón contrapuesto al dintel, en la puerta o entrada de una casa, o, según su tercera acepción registrada, el "valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado", no un valor máximo. Pero tal límite extrínseco, repetimos, no se contiene en la Ley española aunque sí lo haga en el Reglamento 1/2003.

Incluso si admitiéramos -a efectos dialécticos, pues ya hemos rechazado esta interpretación- que el porcentaje del diez por ciento constituye en la Ley 15/2007 un mero "umbral de nivelación", el problema de la inexistencia de unos valores mínimo y máximo para fijar previamente la multa seguiría subsistiendo. La existencia en nuestro ordenamiento de este tipo de límites ulteriores presupone que las respuestas sancionadoras han sido previamente determinadas, e individualizada la pena, conforme a las reglas legales y las exigencias constitucionales de taxatividad en el derecho punitivo. Por poner un ejemplo fácilmente comprensible, las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de éstos. Y sólo después, en ciertos casos, la Ley fija un "límite máximo" excepcional, o cláusula de cierre, de "cumplimiento efectivo", de modo que condenas válidamente impuestas, según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente "limitadas" (artículo 76 del Código Penal) a sólo cuarenta, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción.

El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio. El conocimiento de aquellos principios y de las técnicas generales de aplicación de las normas de carácter punitivo se revela, en este contexto, como particularmente necesario. Y, en este mismo sentido, aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, no está de más recordar que las sanciones pecuniarias establecidas -también en el caso de las personas jurídicas- para los delitos tipificados en el Código Penal tienen igualmente unos máximos y mínimos que predeterminan la extensión de cada una, de modo que los jueces y tribunales han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados para cada delito. La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador.

En un análisis sistemático esta interpretación viene reforzada si atendemos a la coherencia del sistema punitivo en su conjunto. Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son, como resulta lógico, las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo artículo 284.1 sanciona a quienes "empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación". Se trata de conductas contrarias a la libre concurrencia cualificadas por el añadido de la violencia, la amenaza o el engaño. Pues bien, de conformidad con el artículo 288 del Código Penal, cuando una persona jurídica sea responsable del delito tipificado en el artículo 284 le corresponderá una "multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad" o una "multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos". El sistema de multas-período de tiempo, a su vez, para el caso de las que se pueden imponer a las personas jurídicas tiene como base una cuota diaria con un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros.

Si traemos a colación estas referencias es por corroborar que en el Derecho sancionador español incluso las sanciones pecuniarias que corresponden a las conductas contrarias a la libre concurrencia más graves (las delictivas) tienen previstas en la Ley una escala o intervalo de valores mínimos y máximos dentro del cual se ha de individualizar la respuesta punitiva. Es cierto que en el caso de las personas jurídicas las penas por estos delitos no se limitan a las pecuniarias (atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal, según dispone el artículo 288.2 de éste) pero lo relevante a los efectos que aquí importan es la necesaria -y constante- predeterminación legal de las cifras mínimas y máximas, fijas o porcentuales, dentro de las cuales han de imponerse las multas.

Sexto.- Avanzábamos en el fundamento de derecho precedente que la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 que acogemos es la que "naturalmente" dimana de su tenor y del sentido de las escalas de multas máximas y mínimas, además de tratarse de la seguida en nuestro derecho sancionador tanto administrativo como (*a fortiori*) penal. El intento -por parte de la Comisión Nacional de Competencia y del Abogado del Estado- de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea, cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de aquéllas y de los artículos 101 y 102 del TFUE, puede explicar -pero no justifica- que hayan optado por no acoger dicha interpretación y la sustituyan por el empleo del método de cálculo de las multas utilizado por la Comisión Europea para las sanciones pecuniarias que esta institución impone al amparo del Reglamento 1/2003, método de cálculo que la Comisión Nacional de Competencia y el Abogado del Estado parecen entender preceptivo y aplicable directamente por las propias autoridades nacionales españolas.

La premisa de la que parte el Abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto. Basta para ello recordar que la propia Comisión Europea admite cómo la legislación de la Unión Europea en esta materia (por lo que aquí respecta, el tan citado Reglamento 1/2003) no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE, pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los artículos 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que -hasta este momento- no son objeto de una regulación armonizada.

Estas afirmaciones responden, por lo demás, a la interpretación consolidada del artículo 5 del Reglamento 1/2003 que ha hecho suya en reiteradas ocasiones la propia Comisión Europea. Por no citar sino uno de los últimos documentos emanados de esta institución, puede leerse en su Comunicación de 2014 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre "Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) nº

1/2003: logros y perspectivas futuras" (documento COM/2014/0453 final) cómo, en palabras de la propia Comisión, "[...] la legislación de la UE no regula ni armoniza las sanciones por incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE", afirmación categórica seguida del recordatorio a los Estados miembros para que "velen por que se disponga de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias".

Siendo ello así, queda enormemente relativizado el esfuerzo argumental que lleva a cabo el Abogado del Estado (y, en cierto modo, también la sentencia de instancia en su decisión mayoritaria y en el voto particular) con la ayuda de citas, más o menos fragmentarias, de sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal General sobre la aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003. Reconocida la capacidad de los Estados miembros para instaurar su propio régimen de medidas en respuesta a las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE, sin que sobre esta materia haya exigencias de armonización, las sanciones "nacionales" no tienen por qué adoptar ni los parámetros ni los porcentajes ni las nociones (entre ellas la de volumen de negocios) que emplea el artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones impuestas por la Comisión.

Tampoco está vinculado el legislador nacional -y, en esa misma medida, el intérprete de las normas internas- por los "métodos de cálculo" diseñados en las "Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003" respecto de las cuales (más propiamente, de sus antecesoras de 1998) ha afirmado el Tribunal de Justicia que "[...] no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del artículo 290 TFUE, apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el artículo 23 del Reglamento nº 1/2003" (apartado 66 de la sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C-501/11).

Otra cosa es que el legislador nacional, dentro de su legítimo margen de configuración normativa, hubiera decidido adoptar, de modo expreso y reconocido, las mismas pautas de fijación de las sanciones nacionales que figuran, en términos muy elementales, en el artículo 23 del Reglamento 1/2003 (sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad que ello pudiera suponer, a los que inmediatamente nos referiremos). Pese a que en la exposición de motivos de la Ley 15/2007, y con referencia a su título V, existe una alusión a las "tendencias actuales en el ámbito europeo", lo cierto es que la dicción del artículo 63 de la Ley 15/2007 diverge sensiblemente del artículo 23 del Reglamento 1/2003, hasta el punto de que se implanta en aquél la tipología diferenciada de las diversas infracciones (muy graves, graves o leves) y se asigna a cada una de ellas los intervalos correspondientes en términos de porcentajes del volumen de ventas total de los infractores.

La técnica nacional de determinación de multas aparejadas a cada tipo de infracción se aparta, pues, del sistema unitario con que trata las infracciones el artículo 23 del Reglamento 1/2003, precepto que no distingue entre ellas e introduce un solo elemento o factor cuantitativo (el porcentaje del diez por ciento) indistintamente aplicable a todas con la ya dicha función de salvaguarda final ante efectos punitivos en exceso gravosos. Precisamente porque aquel porcentaje es conceptuado desde la perspectiva del Reglamento 1/2003 como "umbral de nivelación" ulterior para modular la incidencia negativa de las multas, una vez calculadas, sobre la economía de las empresas infractoras y evitar su desaparición, no resulta aplicable al sistema diseñado por la Ley 15/2007.

Séptimo.- Las consideraciones que acabamos de hacer nos dispensan de afrontar con mayor extensión las delicadas cuestiones que se suscitarían, desde la perspectiva del respeto a las exigencias constitucionales, si pudiera prosperar -que no puede- la interpretación del artículo 63 de la Ley 15/2007 auspiciada por el Abogado del Estado. A ellas se refiere la Sala de instancia con una serie de argumentos que no consideramos necesario repetir pues, insistimos, la interpretación que llevamos a cabo de aquel precepto es la anteriormente expuesta.

Basta a estos efectos recordar que las garantías constitucionales (artículo 25.1) respecto de la predeterminación de las sanciones administrativas en términos taxativos harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley, y a tales efectos, un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. Un sistema que no fijase aquella escala y sólo contuviese una previsión para después atemperar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales.

En fin, aun cuando se admitiera una cierta colaboración reglamentaria (artículo 129.3 de la Ley 30/1992) para "introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de [...] sanciones establecidas legalmente", que contribuyan "a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes", los reglamentos no podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla. Y de modo específico en el caso de las sanciones en materia de defensa de la competencia el Reglamento aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, simplemente no contiene preceptos aplicables a ellas, sin que tampoco se hayan atribuido a la Comisión Nacional de Competencia potestades reglamentarias en la materia, careciendo de esta naturaleza y de carácter vinculante *ad extra* sus comunicaciones.

En la versión originaria del artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, (derogada por la hoy vigente) se establecían "multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal". Se fijaba de este modo un límite máximo de la escala o intervalo sancionador, dentro del cual el importe de las sanciones pecuniarias debía ser concretado atendiendo a la importancia de la infracción según los factores precisados en el apartado 2 del precepto.

Dado que los criterios de graduación venían referidos en la Ley 16/1989 a una escala que tenía como límite superior aquella cantidad y porcentaje, esta Sala del Tribunal Supremo pudo rechazar el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad que se nos había solicitado respecto del artículo 10 de la Ley 16/1989 y sentar la doctrina que figura en las sentencias de 8 de marzo de 2002 (recurso de casación número), 6 de marzo de 2003 (recurso de casación número 9710/1997) y ulteriores, doctrina, por cierto, corroborada por la sentencia constitucional 175/2012, de 15 de octubre de 2012, recaída en el recurso de amparo interpuesto frente a una de aquéllas (la de 3 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación número 3073/2006). No es correcto aducir las referidas sentencias como si de ellas se pudiese validar la tesis favorable al carácter de "umbral de nivelación" del porcentaje del diez por ciento.

Octavo.- Debemos afrontar a continuación las cuestiones que se suscitan en el recurso sobre la interpretación del mismo precepto (artículo 63.1 de la Ley 15/2007) en cuanto contiene la expresión "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Sobre dicha base o volumen se aplican, ya ha quedado expuesto, los porcentajes del uno, el cinco o el diez por ciento para fijar el límite superior de la escala sancionadora según la levedad, gravedad o mayor gravedad de las infracciones, respectivamente. Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora.

La Sala de instancia se plantea el problema interpretativo de "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". Y, atendidos los criterios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y "ámbito de vulneración", concluye 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".

Aun reconociendo que la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable, nuestra interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 está más en la línea del voto discrepante, que hace suya el Abogado del Estado como base de esta segunda parte del recurso de casación. Ello determinará su estimación, limitada a este punto, y la subsiguiente revocación de la sentencia con ese mismo alcance.

Comenzaremos por subrayar que en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar -salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad- los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio Legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de "totalidad".

La utilización de una magnitud como el "volumen de negocios" para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si se aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción).

El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular *a priori* la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. A la "situación económica del culpable" se refieren asimismo los artículos 50 y 52 del Código Penal a los efectos de la imposición de las multas. Y en cuanto factor de cálculo es también utilizado en otros sectores del derecho administrativo sancionador, como es el caso de ciertas infracciones tributarias (aun cuando atemperado por

unos topes máximos adicionales, por ejemplo en el artículo 203 de la Ley General Tributaria que sanciona determinados comportamientos de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria con "multa pecuniaria proporcional de hasta el dos por ciento de la cifra de negocios del sujeto infractor en el año natural anterior a aquél en que se produjo la infracción, con un mínimo de 10.000 euros y un máximo de 400.000 euros").

Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. De hecho, en algún precedente significativo el propio legislador cambió la norma sectorial sancionadora para pasar, intencionadamente, de uno a otro: el artículo 82.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) fijaba como importe de la sanción pecuniaria para las infracciones muy graves "el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio". Dicho artículo fue derogado por la nueva Ley 32/2003 cuyo artículo 56.1.a) precisamente modificó el cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, cifra sobre la que se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción, atendiendo desde entonces a los ingresos obtenidos por la entidad infractora tan sólo "en la rama de actividad afectada".

La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.

Se han puesto de relieve en ocasiones ciertas consecuencias "disfuncionales" de esta opción legislativa como serían, entre otras, el suponer un incentivo para la creación artificial de sociedades independientes, limitadas a un único ámbito de actividad, a fin de minimizar el riesgo de sanciones muy elevadas, o, desde la otra perspectiva, un obstáculo indirecto a la creación de grandes conglomerados empresariales que incluyan actividades diversificadas. Pero ni esta objeción ni otras similares que atienden más bien a razones de oportunidad o conveniencia, o a su incidencia en las decisiones de los agentes económicos, bastan para negar la validez de la opción del legislador, cuya expresión en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 estimamos ha de ser interpretada en el sentido que acabamos de exponer.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.

"Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido

al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 .

Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 , las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la competencia, por un lado, con las derivadas -y también insoslayables- del principio de proporcionalidad, por otro. Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.

A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE , es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados por las autoridades nacionales de los Estados miembros. Pero tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas -en el ámbito del derecho de la competencia que, pese a algunas posturas reduccionistas, no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento sancionador- han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas. Si, además de esta ecuación, el legislador considera oportuno incrementar el "efecto disuasorio" a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales.

Esta Sala ha declarado (por todas, véanse las sentencias de 6 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005 , recursos de casación 9710/1997 y 4777/2002 , respectivamente) que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos se encuentra el de 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 [tampoco explícitamente en la Ley 15/2007], 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 ".

Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada, a los términos de la ecuación "beneficio esperado" menor al "coste de la sanción", añada, decimos, el factor de la probabilidad en la detección de las conductas infractoras. En todo caso, con o sin este último factor, corresponde a la ley -y no a quien la ejecuta o la interpreta- establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico. Ello justifica que determinadas leyes prevean que el castigo pecuniario a las infracciones en ellas contempladas, cuando la sanción deba calcularse en función de los beneficios obtenidos con la conducta, se concrete en multas que oscilan desde el monto del beneficio al duplo, el triple u otros múltiplos de aquél.

No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007 , que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión

del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea".

En atención a lo expuesto, y dado que la sanción se impone en el 10% del volumen total de negocio sobre la base de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, debe estimarse el recurso en este punto a fin de que por la CNC se dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede imponer las costas a ninguna de las partes en este proceso, dada la estimación parcial del recurso.

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 con los efectos que se indican en el FJ 4 final de esta sentencia. 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 no cabe recurso de casación ordinario.

PUBLICACIÓN .

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