

Roj: **STS 1869/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1869**Id Cendoj: **28079130032017100194**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **12/05/2017**Nº de Recurso: **3985/2014**Nº de Resolución: **837/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 3452/2014,**
STS 1869/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número **3985/2014**, interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2014, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo 150/2013, formulado por la representación procesal de la mercantil TORRES ESPIC, S.L. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013, recaída en el expediente S/0342/11, que le impuso la sanción de 1.970.000 €, por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado en el sector de la producción de espuma flexible de poliuretano, que debe ser calificada de cartel de empresas. Han sido partes recurridas las entidades mercantiles RECTICEL, S.A. y RECTICEL IBÉRICA, S.L.U., representadas por el procurador don Luis Fernando Álvarez Wiese, bajo la asistencia letrada de don Francisco Enrique González Díaz y Don Antía Tresandi Blanco, y la mercantil TORRES ESPIC, S.L., representada por el procurador don Guillermo García San Miguel Hoover, bajo la dirección letrada de don Víctor de Nalda Martínez,

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 150/2013, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 23 de julio de 2014, cuyo fallo dice literalmente:

« Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos en esa medida el acto impugnado. La cuantía de la sanción se fija en un 8% del volumen de ventas afectado por la infracción, aumentado con el factor de duración tal como resulta establecido en la resolución impugnada, sin que la cantidad resultante pueda sobrepasar los 630.850,90 €. Confirmamos el acto impugnado en los restantes extremos. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. » .

La Sala de instancia fundamenta el pronunciamiento de anulación de la multa impuesta, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] En lo que se refiere a la graduación de la sanción y motivación de la resolución al respecto, debemos analizar en primer lugar la objeción de orden procesal invocada por la codemandada, con invocación del artículo 65.1 de la LJCA, pues estima que esta cuestión y la analizada en el siguiente fundamento jurídico en

relación con la aplicación del límite del 10% del volumen total de facturación, fue planteada por vez primera en el escrito de conclusiones y por lo tanto su análisis sería improcedente.

No podemos compartir el planteamiento de la recurrente, pues si bien es cierto que en el escrito de demanda no existe un desarrollo puntual de estas dos cuestiones, también lo es que la recurrente invocó los preceptos aplicables, artículo 64 y 63 de la LDC y que la Abogacía del Estado entendió que la cuestión estaba planteada en esos términos, pues dio cumplida respuesta a las alegaciones que posteriormente la recurrente desarrolló con más precisión en su escrito de conclusiones.

En estas circunstancias, si la parte principal codemandada, autora del acto recurrido, admite el debate en los términos expuestos, debemos concluir que no procede la aplicación del artículo 65.1 de la LJCA, que plantea la codemandada.

En nuestra opinión, la resolución ha motivado de manera suficiente, tanto la gravedad de la conducta y su calificación como falta muy grave (acuerdo horizontal de limitación de producción y fijación de precios), así como su duración, los dos parámetros absolutamente insoslayables a que se refiere el artículo 23 del Reglamento 1/2003 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia de 16 de noviembre de 2000, Asunto Sarrió, C-291/98, apartados 68 y ss) y cuya falta de justificación puede determinar la declaración de nulidad de la resolución, por insuficiente motivación.

La aplicación de las circunstancias mencionadas en el artículo 64.1 de la LDC, son, esencialmente, parámetros para modular la gravedad de la conducta, tradicionalmente tenidos en cuenta por la jurisprudencia, y que valora y aplica la resolución sancionadora. Éstos pueden operar en beneficio o perjuicio de la infractora, en orden a modular la gravedad de la infracción y justificar, en su caso, el incremento o reducción del porcentaje para calcular el importe básico de la sanción, fijado en este caso en 10% del volumen de ventas afectado por la infracción, tal y como se relata en la página 105 y ss de la resolución recurrida. Todo ello, en aplicación de dicha norma y de las Directrices de la CNC de 9 de febrero de 2009. En este sentido puede verse "mutatis mutandi" la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, Asunto Prym. C-534/07, apartado 96.

En el examen conjunto de la motivación efectuada por la CNC, debemos concluir que ha respetado los parámetros exigibles, en orden a calificar la conducta como muy grave (cártel sobre limitación de producción y fijación de precios en un contexto singularizado). Debe tenerse en cuenta además, que la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, asunto Prym, antes citada, nos recuerda en el apartado 87, que la falta de justificación o motivación de uno de los parámetros que determinan la gravedad no es causa de anulación de la resolución recurrida.

No obstante, aún mostrando nuestro acuerdo sobre la motivación global de la resolución, en nuestra opinión la Comisión no ha procedido de forma correcta, al no individualizar aspectos relevantes y con influencia evidente sobre la capacidad de la recurrente, como es la toma en consideración de su cuota de mercado, un 10%, notablemente inferior a la de los líderes del mercado, solicitantes de clemencia, que se establece en torno a un 30%. Esta divergencia debe necesariamente reflejarse en la motivación de la resolución y tomarse en consideración para reducir el porcentaje aplicado para calcular el importe básico de la infracción que prudencialmente y a tenor de lo expuesto, debe fijarse en un 8%, en lugar del 10% establecido en la resolución recurrida.

No podemos, sin embargo acceder los otros motivos de queja invocados por la recurrente, pues la duración de la infracción ha sido correctamente calculada y la no constancia de la existencia de beneficios ilícitos, no es, en sí mismo, un elemento que justifique la reducción de la sanción, pues al contrario, es su constatación la que determina la cuantía mínima de la multa.

A continuación, se analizan las circunstancias modificativas de responsabilidad invocadas por la recurrente.

Si bien para la consumación de una infracción por objeto los efectos de la conducta sobre el mercado son irrelevantes, no lo son en lo que se refiere a la cuantificación de la sanción, perspectiva desde la que se analizan estas alegaciones.

La primera atenuante invocada, consiste en la no aplicación efectiva de la conducta prohibida, prevista en el artículo 64.3 b) LDC. A este respecto debe recordarse la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, Asunto KME, C-389/10, apartados 75 a 77, que vincula la aplicación de la atenuante por la inaplicación de los acuerdos anticompetitivos, al hecho de que la inaplicación sea total, lo que no ocurre en este caso, en el que a lo sumo, puede apreciarse una distinta intensidad en su aplicación a lo largo de su duración. Sobre la aplicación de los acuerdos no cabe duda, particularmente en la primera fase, habida cuenta de la documentación referente a la forma en que se articulaba el PAM y que ha sido ya objeto de nuestro análisis. El hecho de que determinado acuerdo, en un determinado momento, no se aplicara, resuelta irrelevante a estos efectos.

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

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

Es necesario precisar que, si bien es cierto que, en circunstancias excepcionales, la propia Comisión ha procedido a reducir sensiblemente las multas impuestas por el motivo invocado, lo cierto, es que sólo se ha procedido de esa forma, en circunstancias muy excepcionales que no concurren en el presente caso. A esta conclusión se llega realizando un análisis comparativo del presente supuesto y el enjuiciado en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 2006, asunto FNCBV T-217/03. El apartado 359 de dicha Sentencia, justifica la reducción de la multa sobre la base, no solo de la llamada crisis de las vacas locas, sino también de las singulares circunstancias que concurrían en la federación sindical recurrente y sus misiones, sin que en este caso puede invocarse una situación análoga.

Las recurrentes, en el supuesto enjuiciado, son empresas mercantiles que, como la gran mayoría en un período de crisis, han sufrido pérdidas económicas, explicitándose en la resolución recurrida, pagina 111 fine, las características del mercado afectado, necesitado de ajustes para garantizar la eficiencia. Las consecuencias patrimoniales que puedan derivarse de la ejecución de una importante sanción, no pueden, por sí misma, justificar la reducción de ésta, pues ello podría comprometer el efecto disuasivo de las sanciones en materia de Derecho de la Competencia.

Tampoco podemos apreciar como atenuante la supuesta colaboración de la recurrente con la CNC, pues no especifica en qué ha consistido esa cooperación y en qué medida ésta ha ido más allá del deber de cooperación que impone a todas las empresas implicadas el artículo 39 de la LDC. El artículo 64.3.d de la LDC, citado por la recurrente, subraya que la colaboración debe ser activa y eficaz.

Es decir, para la toma en consideración de esta circunstancia como mitigadora de la sanción, deberá justificar el recurrente haber desplegado una actividad que incorpore un valor añadido que facilite los fines de la investigación, y que vaya más allá del simple deber de colaboración que se identifica con la contestación a todos los requerimientos que formule la CNC, la respuesta en plazo y el acompañamiento de los documentos solicitados, obrantes en poder de la empresa investigada, lo que no ha ocurrido en este caso.

[...] 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 que la recurrente 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 n° 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 Simmenthal 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 reprensión 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, fijándose como límite máximo la cantidad de 630.850 euros, pues su volumen total de facturación en España, en el sector afectado, ascendió a 6.308.509,08 euros en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción, datos inicialmente confidenciales que la recurrente explicita, sin reservas, en su escrito de conclusiones. » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia prepararon el Abogado del Estado y la representación procesal de la mercantil TORRES ESPIC, S.L. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados mediante diligencia de ordenación de fecha 14 de noviembre de 2014 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, el procurador don Guillermo García San Miguel Hoover, en representación de la mercantil TORRES ESPIC, S.L. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 2 de enero de 2015, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito con sus copias se sirva admitirlo y tener por interpuesto, en tiempo y forma, y en la representación de TORRES ESPIC, S.L. que tengo acreditada, RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia dictada el día 23 de Julio de 2014 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y, previa su tramitación, el Tribunal dicte en su día sentencia que case y anule la recurrida, y se pronuncie de conformidad con los motivos del presente recurso y los pedimentos contenidos en el original escrito de demanda, declarando improcedente la Sanción impuesta a mi patrocinada, anulando en consecuencia tanto la Sentencia que se impugna, como la Resolución de 28 de febrero de 2013, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el Expediente nº S/0342/11 y la sanción impuesta.

Por primer Otrosí solicita que en el momento procesal oportuno se acuerde la celebración de vista. » .

CUARTO.- Emplazadas las partes, el Abogado del Estado recurrente, compareció ante este Tribunal Supremo y, con fecha 27 de marzo de 2015, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por interpuesto y formalizado a nombre de la Administración General del Estado el presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por sus trámites y, en su día, dicte sentencia por la que, estimándolo, case y anule la sentencia recurrida y dicte en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que disponga que por parte de la CNMC se cuantifique la sanción pecuniaria a imponer a TORRES ESPIC CONFORME A LO DISPUESTO EN LOS ARTS. 63

Y 64 DE LA Ley de Defensa de las Competencia en los términos que resultan de lo expuesto en este escrito, con lo demás que sea procedente. » .

QUINTO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 9 de julio de 2015 , tras oír a las partes personadas, cuya parte dispositiva dice literalmente:

«1º) Inadmitir el recurso de casación nº **3985/2014** interpuesto por la representación procesal de Torres Espic, S.L., contra la sentencia de 23 de julio de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 150/2013 , que se declara firme. Sin costas.

2º) Admitir el recurso de casación nº **3985/2014** interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la antedicha sentencia. Y para su sustanciación remítanse las actuaciones a la **Sección Tercera** de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos. » .

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2015, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (las mercantiles RECTICEL, S.A. y RECTICEL IBÉRICA, S.L.U.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso.

SÉPTIMO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Por providencia de 21 de septiembre de 2015, del siguiente tenor literal:

« Por presentado el anterior escrito con fecha 3 de septiembre de 2015 por la representación procesal de la mercantil "Torres Espic, S.L.", en el que solicita, al amparo del artículo 241 de la LOPJ , la nulidad del Auto de esta Sala de 9 de julio de 2015 por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE , únase a los autos de su razón, entréguese copia a las demás partes, y se acuerda su inadmisión a trámite -artículo 241.1, párrafo tercero-, ya que las alegaciones de la parte recurrente lo que ponen de manifiesto es una discrepancia explícita con los argumentos que fundaron la inadmisión del recurso de casación, utilizando el incidente de nulidad de actuaciones como si de un recurso de reposición se tratara, intentando soslayar el obstáculo del artículo 93.6 de la LRJCA que, como es sabido, dispone que no cabe recurso alguno contra los autos que declaren la admisión o inadmisión de un recurso de casación, alegaciones que, por otra parte, ya fueron efectuadas en el escrito presentado en el trámite de audiencia del artículo 93.3 de la LRJCA , y que en lo sustancial han recibido respuesta motivada en el Auto cuya nulidad se insta, incluida la pretendida vulneración del principio constitucional alegado, resultando las manifestaciones vertidas por la parte recurrente en el presente incidente inconciliables con la doctrina expuesta en dicho Auto.

En este sentido, debemos reiterar que no cabe confundir la cuantía del procedimiento con la cuantía de la pretensión casacional, como requisito para la admisibilidad del recurso de casación, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 86.2 b) , 41.1 y 42.1 b) LJCA , debiendo tener siempre en consideración que la cuantía del recurso viene determinada por el contenido económico de la pretensión casacional efectivamente ejercitada. » .

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 21 de octubre de 2015 se declara caducado el trámite de oposición condecorado a RECTICEL, S.A. y RECTICEL IBERICA, S.L.U., al no haber presentado escrito alguno en el plazo concedido al efecto.

NOVENO.- Por diligencia de ordenación de 12 de mayo de 2016, se tiene por personada como parte recurrida a la mercantil TORRES ESPIC, S.L. y se acuerda dar traslado al mismo de las actuaciones a partir de la diligencia de fecha 1 de septiembre de 2015, concediéndole el plazo de treinta días, a fin de que formalice su escrito de oposición, lo que efectuó el procurador don Guillermo García San Miguel Hoover en escrito presentado el día 20 de junio de 2016, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenerme por OPUESTO AL RECURSO DE CASACIÓN en la representación que de mi mandante ostento, y en mérito a lo expuesto acuerde inadmitir a trámites el recurso de casación formulado de contrario o subsidiariamente desestimarlos con expresa condena en costas a la Administración recurrente. » .

DÉCIMO.- Por providencia de fecha 15 de febrero de 2017, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 9 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos, se interpuso por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2014, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de la mercantil TORRES ESPIC, S.L. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013, recaída en el expediente S/0342/11, que le impuso la sanción de 1.970.000 €, por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado en el sector de la producción de espuma flexible de poliuretano, que debe ser calificada de cartel de empresas.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado se articula en la formulación de dos motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primer motivo de casación se imputa a la sentencia impugnada la infracción de los artículos 1, 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 3 del Código Civil, sobre interpretación de las normas, y el artículo 23.2 del Reglamento CE 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 el desarrollo del motivo de casación se aduce que la Sala de instancia interpreta que, a tenor de dichas disposiciones, el porcentaje del 10%, que determina el límite máximo de la multa pecuniaria que cabe imponer por la comisión de infracciones muy graves, viene referido al volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado afectado por la conducta infractora.

Se argumenta que, según se desprende del artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el límite máximo de la sanción debe ser considerado como un umbral de nivelación, que se aplica después de haber tenido en cuenta las circunstancias concretas de la infracción.

El segundo motivo de casación se sustenta en la infracción del artículo 64.1 a) de la Ley 145/2001, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se aduce que la sentencia recurrida vulnera este precepto, porque considera circunstancia atenuante de la gravedad de la infracción el hecho de que la empresa sancionada no tuviera mas que una cuota de mercado de 10 %, a la vista de que las empresas líderes del mercado, solicitantes de clemencia, tenían una cuota en torno al 30 %, ya que cabe entender que la referencia a la cuota de mercado, como criterio de ponderación del importe de la sanción, alude a la cuota de mercado de todas las empresas responsables.

SEGUNDO.- Sobre la pretensión de inadmisión del recurso de casación que formula la parte recurrida Torres Espic,, S.L.

La pretensión de inadmisión del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, que formula la representación procesal de la mercantil Torres Espic,, S.L., fundamentada en el argumento de que las infracciones del ordenamiento jurídico en que había incurrido la sentencia de instancia «son imputables a la propia Administración que ahora recurre», no puede ser acogida.

Esta Sala sostiene que el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado no puede declararse inadmisibile, al no concurrir ninguna de las causas de inadmisibilidad contempladas en el artículo 93.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque cabe subrayar que el recurso de casación se fundamenta en la infracción de normas del ordenamiento jurídico que se reputan cometidas por el Tribunal de instancia.

TERCERO.- Sobre la prosperabilidad del recurso de casación.

El primer motivo de casación formulado por el Abogado del Estado, fundamentado en la infracción de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, debe ser acogido.

Esta Sala considera, con base en el principio de unidad de doctrina, que debemos seguir los razonamientos jurídicos expuestos en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), y de 30 de enero de 2015 (RC 2793/2013), en que hemos establecido la interpretación de la cláusula contenida en el artículo 63.1 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que dispone que las infracciones muy graves se sancionan «con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora», cuya aplicación debe modularse valorando los criterios de graduación establecidos en el artículo 64 del referido texto legal, en los siguientes términos:

«[...] 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.

[...] 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.

[...] 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.

[...] 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 elogiable 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. » .

El segundo motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 64.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no puede ser estimado.

Esta Sala, no comparte la tesis argumental que desarrolla el Abogado del Estado respecto de que la sentencia del Tribunal de instancia ha infringido el artículo 64.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al considerar como circunstancia atenuante de la gravedad de la infracción la cuota de mercado

del 10 % de la empresa sancionada, en relación a la cuota de mercado de las otras empresas responsables, al deber entenderse que dicho precepto -según se aduce- se refiere a la cuota de mercado de «todas» las empresas responsables.

Cabe referir al respecto, que, aún advirtiendo el error en la identificación del precepto que se reputa infringido por la sentencia impugnada (el artículo 64.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia establece como criterio para la determinación del importe de la sanción «la dimensión y características del mercado afectado por la infracción»), no apreciamos que la valoración por el Tribunal de instancia de la cuota de mercado de la empresa Torres Espic, S.L., como factor de ponderación del importe de la sanción, en cuanto es reveladora de su menor participación en la organización y funcionamiento del cártel, en comparación con las empresas que lideraron la concertación en el mercado del sector de la producción de espuma flexible de poliuretano resulte contraria a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia .

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo 150/2013 , que casamos.

Y de conformidad con el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil TORRES ESPIC, S.L. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013, recaída en el expediente S/0342/11, que impuso ala referida compañía la sanción de 1.970.000 €, por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , que anulamos, por ser disconforme a Derecho, en lo que concierne a la fijación de la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio .

Esta declaración se atempera en los siguientes términos:

A) El cálculo de la sanción debe hacerse en sintonía con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia. Ello implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en 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).

B) Debe aplicarse, tal como aprecia la Sala de instancia, como circunstancia atenuante la cuota de mercado de la empresa responsable, conforme a lo dispuesto en el artículo 64.1 b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

CUARTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el proceso casacional.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : **Primero.- Declarar haber lugar** al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo 150/2013 , que casamos. **Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil TORRES ESPIC, S.L. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2013, recaída en el expediente S/0342/11, que le impuso la sanción de 1.970.000 €, por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , que anulamos, por ser disconforme a Derecho, en lo que concierne a la fijación de la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , en los términos fundamentados. **Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas** procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el proceso casacional.



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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ