



Roj: **STS 2488/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2488**

Id Cendoj: **28079130032017100267**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/06/2017**

Nº de Recurso: **2403/2014**

Nº de Resolución: **1117/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 26 de junio de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número 08/**2403/2014**, interpuesto por la procuradora doña Rosa Sorribes Calle, en representación de la mercantil SALVAT LOGÍSTICA, S.A., bajo la dirección letrada de don Javier Guisasola Arnaiz, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2014, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo 570/2010, formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de julio de 2010, que resolviendo el expediente S/0120/08 (transitorios), impuso a la mencionada sociedad la sanción de 3.093.000 euros, al quedar acreditada la comisión de una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y la mercantil DV AIR & SEA, S.A.U., representada por el procurador don José Luis García Guardia, bajo la dirección letrada de don Antonio Martínez Sánchez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 570/2010, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 7 de abril de 2014, con voto particular, cuyo fallo dice literalmente:

« Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado a los efectos de que la Comisión Nacional de la Competencia proceda a dictar una nueva resolución respetuosa con los límites máximos legalmente establecidos, en los términos indicados en el FJ 11 de esta resolución. Confirmamos el acto impugnado en los restantes extremos. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. » .

El pronunciamiento de la sentencia se fundamentó en las siguientes consideraciones jurídicas:

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

Tal y como señala el Abogado del Estado, la lectura del FJ 2 de la resolución impugnada, resulta particularmente clarificadora de la situación objeto de examen, que puede sintetizarse en los siguientes términos: Aunque la fecha de inicio del cártel se haya fijado en el 3 de octubre de 2000, bajo la vigencia de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley de 1989), en realidad, se ha prolongado hasta el finales de 2008, cuando ya estaba en vigor la nueva Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia que entró en vigor



el 1 de septiembre de 2007, como indica su Disposición Final Tercera, salvo en lo relativo a los artículos 65 y 66 (régimen de clemencia), lo que para estos preceptos se produjo el 28 de febrero de 2008.

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

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

[...] Resuelta la cuestión de la ley aplicable, los cuatro primeros motivos de recurso deben decaer.

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

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

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

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

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

"Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258).

Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en



su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83)".

Tal y como puede observarse, el concepto de infracción continuada no nace por disposición legal, sino que es consecuencia de una creación jurisprudencial, por lo que la falta de mención en la Ley 16/1989 a esta figura, en modo alguno puede identificarse a una prohibición de la misma. Tampoco la Ley de 2007 establece una regulación precisa de ella, pues se limita a establecer en su artículo 68, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia, el modo en que debe computarse la prescripción, esto es desde el día en que hayan cesado, siendo más explícito sobre el concepto y requisitos para su apreciación, el artículo 4.6 del RD 1398/1993 sobre el ejercicio de la potestad sancionadora. Debe concluirse este análisis subrayando que los presupuestos para apreciar la existencia de una infracción continuada concurren en este caso, pues el precepto infringido es idéntico, y la conducta es unitaria, reiterada y homogénea, siendo consustancial a este tipo de infracciones la unidad de propósito sobre la base de un plan preconcebido, y la permanencia en el tiempo de la misma. En este sentido puede citarse la STS de 15 de abril de 2013, recurso de casación nº 1059/10.

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

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

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

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

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



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

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

*"Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar un información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador."*

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

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

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

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

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

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

A este respecto resulta crucial para la comprensión de la lógica del presente cártel, como ya hemos anticipado, y textualmente se indica en la página 94 de la resolución recurrida, subrayar que "la práctica que se considera prohibida no consiste en que las empresas hayan fiado precios uniformes, sino que han fijado el orden de

magnitud de los incrementos a aplicar a las tarifas que sirven de base, según declaran las propias empresas, para la negociación con sus clientes”.

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

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

La recurrente insiste afirmando que la repercusión de los costes es una operación económica legítima, cuestión que no se discute si se realiza de forma individual por cada empresa. Tampoco se discute en una economía libre de mercado, que una empresa decida asumir esos costes, para presentar en el mercado una oferta más competitiva, por lo que, salvo mandato legal expreso, lo que como veremos no ocurre en este caso, debemos concluir que no existe la pretendida obligación de repercutir costes. Lo que está penalizado, insistimos, es la coordinación de las empresas en orden a pactar los ajustes sobre las cantidades que deben incrementarse.

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

1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 41 *supra*, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra*, apartados 57 y 58).

2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra*, apartado 58).

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

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

5. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 *supra*, apartado 220, y Peróxidos



Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 53 *supra*, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra*, apartados 62 y 295".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



es una técnica propia de todos aquellos que operan al margen de la legalidad, lo que no significa que personas ajenas a dicha organización, tengan noticia de que dichas reuniones se producen.

Finalmente, en cuanto al amparo legal de la conducta, debemos mostrar nuestra conformidad con el razonamiento de la resolución impugnada, que en su FJ 7 ofrece una detallada respuesta a dicha cuestión. Debe destacarse que en ningún momento la normativa invocada por la recurrente permite o fomenta el intercambio de información, y que los preceptos invocados, artículos 18 y 19 de la Ley se refieren, de forma excepcional, a tarifas para el transporte público sujetas a determinados condicionantes, y no, al objeto del presente caso que se refiere a precios privados que retribuyen la actividad del transporte de mercancías en el ámbito internacional o europeo. Estos precios se fijan, como ya anticipamos, de acuerdo con el principio de libertad de empresa y mercado, y no existe pues, ninguna obligación de repercutirlos como costes adicionales. No obstante, si ello se hace, lo que es legítimo, lo procedente es hacerlo de forma autónoma e individual por cada empresario, teniendo en cuenta, como la propia recurrente admite, la capacidad negociadora de sus clientes.

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

Tal y como recuerda la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto T-Mobile, C-8/08, apartados 28 a 31, "Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15). Prosigue dicha resolución precisando que " Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua, cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17)."

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

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





con que cuentan las empresas es nacional, así como la demanda de sus servicios, contando con sucursales en el territorio nacional, por lo que debe rechazarse la tesis de la existencia de mercados locales en este caso.

En estas circunstancias resulta apropiado para la resolución de este caso, la cita de la STJUE de 13 de julio de 2013 asunto C-440/11, dado que existen evidentes puntos de conexión entre ambos supuestos. Recordamos la doctrina de esta resolución en su apartado 101: "En la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, la definición del mercado pertinente tiene como única finalidad determinar si el acuerdo considerado puede afectar al comercio entre los Estados miembros y si su objeto o efecto es impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (auto de 16 de febrero de 2006, *Adriatica di Navigazione/Comisión*, C-111/04 P, apartado 31)", por lo que, por las razones expuestas, en el presente caso, como ocurría también el supuesto mencionado por la sentencia referida, la delimitación del mercado efectuada, debe estimarse suficiente.

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

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

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

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

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



nacional de la competencia, como en este caso, puede verse la STJUE de 13 de diciembre de 2012, asunto Expedia C- 226/11 .

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

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

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

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

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

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

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

A partir de estas consideraciones, estimamos que los apartados primero y segundo del artículo 10 no son susceptibles del reproche de inconstitucionalidad que la parte recurrente pretende. Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de éste, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la "importancia" de la infracción en cada caso. Se trata



de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio artículo 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso.", criterio reiterado en la posterior, STS de 1 de diciembre de 2010 rec. de casación nº 2685/08, FJ 6.

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

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

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

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

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

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

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

La sanción, así calculada, no infringe el deber de motivación, pues se ha fijado sobre las referencias esenciales exigibles, que han sido motivadas. Cuestión distinta es la de que se hubiera impuesto una sanción más elevada, con base en la aplicación de un coeficiente superior para calcular el importe básico, o en atención a los efectos de la conducta en el mercado, o por los beneficios ilícitos obtenidos, o por la concurrencia de



circunstancias agravantes, u otras de las mencionadas en el artículo 64 de la Ley de 2007, pues en ese caso la motivación debería ser más precisa en orden a justificar el incremento de la sanción y facilitar su ulterior control jurisdiccional.

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

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

I. Sobre la naturaleza del límite del 10%.

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

El artículo 62 de la Ley 15/2007 establece:

*"4. Son infracciones muy graves:*

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

El artículo 63 de la misma Ley:

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

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

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

*c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."*

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

1.- el volumen de negocios que ha de considerarse es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa,

2.- el máximo legal previsto es el 10% de dicho volumen.

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

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

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

*a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;*

*b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;*

*c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.*

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

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



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

*"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento 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:

- la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,
- finalidad de la norma: consiste en la reprensión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y
- 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. » .

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia prepararon el Abogado del Estado y la representación procesal de la mercantil SALVAT LOGÍSTICA, S.A. recursos 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 20 de junio de 2014, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la procuradora doña Rosa Sorribes Calle, en representación de la mercantil SALVAT LOGÍSTICA, S.A. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 4 de septiembre de 2014, 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 tenga por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, y considerando cumplidos todos los requisitos exigidos para ello, teniéndome por personado, compareciendo ante la Sala, teniendo por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia de fecha 7 de abril de 2014, dictada en el Recurso 570/2010, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, con admisión del mismo a trámite, continuando su tramitación por los cauces procesales oportunos, dictándose Sentencia en virtud de la cual acogiendo los motivos previstos en el artículo 88.1.c) acordándose reponer las actuaciones a fin de que se complete el expediente y se practique la prueba indebidamente denegada, o subsidiariamente si dichos motivos fueran desestimados y de conformidad con los motivos formulados al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, se case y anule la Sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que se deje sin efecto la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010, dictada en el expediente S/01020/08 (sic), por no existir conducta colusoria alguna en la que haya incurrido mi mandante previstas en el artículo 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, o subsidiariamente la reducción de la sanción impuesta, con imposición de las costas a la demandada si se opusiera. » .

**CUARTO.-** Por providencia de 25 de noviembre de 2015, se admite el recurso de casación interpuesto por Salvat Logística, S.A.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 18 de diciembre de 2015, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la mercantil DSV AIR & SEA, S.A.U.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

**1º.-** El Abogado del Estado presentó escrito el 12 de enero de 2016, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó SOLICITANDO:

« que, habiendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo, teniendo por formulada oposición frente a este recurso de casación; para, en su día, resolverlo mediante sentencia que LO DESESTIME, condenado al recurrente a pagar las costas procesales. » .

**2º.-** El procurador don José Luis García Guardia, en representación de la mercantil DSV AIR & SEA, S.A.U., presentó escrito el día 10 de febrero de 2016, en el que expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito, y por formulada oposición al Recurso de Casación núm. 008/2403/2014 interpuesto por SALVAT LOGÍSTICA, S.A.U. contra la Sentencia de fecha 7 de abril de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, en el Recurso Contencioso-Administrativo núm. 570/2010 y que, mediante los trámites preceptivos, dicta Sentencia por la que declare no haber lugar al mismo y confirme en todos los extremos la Sentencia de instancia

Que, en cualquier caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, acuerde imponer a la recurrente las costas procesales. » .

**SEXTO.-** Por providencia de 7 de marzo 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 3 de junio 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 la representación procesal de SALVAT LOGÍSTICA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2014, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de julio de 2010, que resolviendo el expediente S/0120/08 (transitorios), impuso a la mencionada sociedad mercantil la sanción de 3.093.000 euros, al quedar acreditada la comisión de una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

El recurso de casación se articula en la formulación de nueve motivos de casación.

El primer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de lo dispuesto en el artículo 48.4 del mencionado texto legal, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución, al haberse producido indefensión a la parte.



En el desarrollo de este motivo de casación se aduce que el Tribunal de instancia vulneró los preceptos citados al acordar que no ha lugar a la solicitud, de que se completase el expediente administrativo, ante la falta de incorporación de determinados documentos, que carecían de carácter confidencial.

También se alega que se han infringido dichos preceptos al denegarse la incorporación de determinados documentos que la propia Comisión Nacional de la Competencia había calificado de confidenciales en el expediente administrativo, que eran relevantes para acreditar la inexistencia de cártel.

El segundo motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se basa en la infracción del artículo 60.3 del citado texto legal, en relación con lo dispuesto en los artículos 281.1, 283.1 y 2 y 285.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por indebida denegación de la prueba propuesta, y en relación con la más documental privada V y VI y la prueba pericial contable.

El tercer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con lo dispuesto en el artículo 88.3 del citado texto legal, se basa en la infracción de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debido a la incorrecta aplicación de las reglas de valoración de la prueba, en relación con lo dispuesto en los artículos 9.3 y 24 de la Constitución.

El cuarto motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 88.3 del citado texto legal, se fundamenta en la infracción de lo dispuesto en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia aplicable en materia de presunciones, con vulneración de la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 de la Constitución.

El quinto motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se sustenta en la infracción del artículo 128.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con vulneración de las garantías previstas en los artículos 9.3, 24.2 y 25.1 de la Constitución, al aplicarse retroactivamente el procedimiento de clemencia previsto en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El sexto motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, imputa a la sentencia la infracción del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/21993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuanto confirma la calificación de la infracción continuada.

El séptimo motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia la infracción del artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia, al no estimar el tribunal de instancia que se han sancionado conductas que estaban prescritas de no apreciarse la calificación de infracción continuada.

El octavo motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se basa en la infracción del artículo 25.1 de la Constitución, en relación con el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, así como de la jurisprudencia nacional y comunitaria aplicable, relativa al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El noveno y último motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se sustenta en la infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

## **SEGUNDO.- Sobre la prosperabilidad parcial de los motivos de casación formulación en el recurso de casación.**

El primer motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 48.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no puede prosperar.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la entidad mercantil recurrente, respecto de que la decisión del Tribunal de instancia de no completar el expediente administrativo con determinados documentos (unos de carácter no confidencial y otros calificados de confidenciales por la Comisión Nacional de la Competencia), e impedir el conocimiento de los mismos, le ha causado indefensión,



al limitarse el derecho a exponer las alegaciones que estimase pertinentes para fundamentar la pretensión anulatoria del acto impugnado, en relación con la acreditación de la inexistencia del cártel.

Cabe referir, al respecto, que no estimamos que el Tribunal de instancia haya quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las garantías procesales, al dictar la providencia de 29 de marzo de 2012, pues en esta resolución se expone de forma motivada cuáles son las razones que justifican que no procede completar el expediente administrativo, tanto en relación con los documentos de carácter no confidencial (no se explica su relevancia para ejercitar el derecho de defensa), como respecto de los documentos calificados de confidenciales (tuvo acceso a dichos documentos y pudo consultarlos en la Secretaría del Tribunal, aunque no se le permitió obtener copia de los mismos).

Por ello, consideramos que las resoluciones cuestionadas no resultan lesivas del derecho de defensa ni del derecho a la tutela judicial efectiva, pues de ningún modo cabe apreciar que se le ha causado indefensión, tal como advierte, con la expresión de sólidos argumentos, la parte recurrida ABX Logistics España, S.A. en su escrito de oposición.

Asimismo, cabe dejar constancia de que en la sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2016 (RC 3891/2013), ya rechazamos un motivo de casación fundamentado en términos análogos, enjuiciando la sanción impuesta a otra empresa, en el expediente sancionador S/0120/08 (transitarios), señalado que corresponde a la parte «la carga de justificar ante la Sala, siquiera con carácter indiciario, la trascendencia exculpatoria de los documentos que pretende unir a las actuaciones».

El segundo motivo de casación, basado en la infracción del artículo 60.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con lo dispuesto en los artículos 281.1, 283.1 y 2 y 285.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y el artículo 24.2 de la Constitución, que denuncia la indebida denegación de pruebas, no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala no aprecia que el Auto del Tribunal de instancia de 5 de junio de 2013, que acordó inadmitir la prueba documental privada articulada en los apartados V y VI del escrito de proposición, por no ser calificadas de pruebas de descargo (tal como dictaminó la Comisión Nacional de la Competencia), y la prueba pericial de auditoría contable propuesta, por ser irrelevante, lesione el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución, en cuanto el juicio sobre la relevancia de la prueba no se revela ni irrazonable ni arbitrario.

Cabe referir al respecto, que la parte demandante en la instancia solicitó la práctica de las pruebas documentales privada V y VI (consistente en que se oficie a empresas transitorias integradas en ATESA), que acreditarían determinados extremos relativos supuestamente a las conductas imputadas (porcentajes de las repercusiones que hubieran efectuado a sus clientes y altas y bajas de personal), con el objeto de demostrar que los hechos investigados no tienen aptitud para restringir o falsear la competencia, lo que evidencia que dichas pruebas carecen de trascendencia para exonerar de responsabilidad a Salvat Logística, S.A. en la comisión de la infracción, tal como advierte el Tribunal de instancia al analizar cual fue concretamente la conducta sancionada.

Así mismo, con base en el principio de facultad probatoria, tampoco estimamos que el Tribunal de instancia violase el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa al denegar la admisión de la prueba pericial de auditoría, consistente en determinar los precios facturados por cada una de las empresas transitorias exportadoras, ya que, como se razona en el Auto de 5 de junio de 2013 (con remisión a la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia), dicha prueba no es relevante para desvirtuar que se haya producido una prolongada coordinación de comportamientos anticompetitivos para trasladar a los clientes incrementos de precios (teniendo en cuenta que no estimamos que implique igualdad de precios y que no se requiere prueba de los efectos restrictivos de la competencia, al tratarse de una conducta colusoria prohibida por su objeto).

El tercer motivo de casación, sustentado en la infracción del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que imputa al Tribunal de instancia haber realizado una incorrecta aplicación de las reglas de la carga de la prueba, que lleva a una valoración de las pruebas, contraria a lo dispuesto en los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, no puede ser estimado.

Cabe poner de relieve que en la formulación de este motivo de casación, el letrado defensor de la parte recurrente trata de cuestionar la convicción del juzgador de instancia sobre la acreditación de determinados hechos que considera probados (en relación con la participación de la mercantil Salvat Logística, S.A. en el cártel desde la primera reunión celebrada el 3 de octubre de 2000 hasta la última, el 15 de febrero de 2008) y otros extremos de la conducta imputada, que, a su juicio, carecerían de soporte probatorio.



Por ello, procede recordar, de conformidad a una consolidada doctrina jurisprudencial, que en el recurso de casación -debido a su carácter de recurso extraordinario-, no procede revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, salvo que se demuestre su irrazonabilidad o su arbitrariedad.

No obstante, procede rechazar que el Tribunal de instancia haya valorado arbitrariamente la prueba, en relación con la acreditación de la concreta participación de la empresa Salvat Logística, S.A. en el desarrollo del cártel, pues, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida se ofrece una pormenorizada exposición respecto de las fuentes documentales contenidas en el expediente administrativo, que demostraban que hubo una presencia «regular y continuada» en las reuniones celebradas con el objeto de adoptar los acuerdos colusorios consistentes en la fijación de los incrementos a aplicar a las tarifas, que sirven de base para la negociación con los clientes, que sería corroborada por las declaraciones de representantes de empresas partícipes que se acogieron al programa de clemencia, tal como sostuvo la Comisión Nacional de la Competencia.

El cuarto motivo de casación, fundado en la infracción del artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, y de la jurisprudencia aplicable en materia de presunciones, con vulneración de la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 de la Constitución, no puede ser estimada.

Procede dejar constancia que esta Sala ya ha resuelto este motivo de casación en las precedentes sentencias de 16 de diciembre de 2015 (RC 1973/2014) y 1 de abril de 2016 (RC 3691/2013) (enjuiciando las sanciones impuestas por la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de julio de 2016), rechazando que los hechos considerados probados en dicha resolución pueden considerarse acreditados en base a la prueba de presunciones, pues constan en el expediente suficientes elementos de prueba para sostener la imputación en la medida que acreditarían la existencia del cártel, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] "De los hechos relatados resulta la existencia de acuerdos, que han consistido, como señala la CNC, en intercambio de información y de opiniones y a la adopción de estrategias comunes sobre aspectos comerciales sensibles. No se trata de un mero intercambio de información como conducta autónoma, como algunas de las partes alegan. Se ha producido un diseño de la estrategia de repercusión de costes y sobre cómo comportarse en el mercado con sus clientes respecto a una variable fundamental, el precio. Se han coordinado sobre si iban a subir tarifas, cuándo y en qué orden de magnitud. Las empresas imputadas han pretendido y conseguido reducir la incertidumbre a la que se enfrentan sobre sus costes y sobre cuándo, cómo y en qué medida iban a realizar cada una de ellas el incremento de tarifas. Decisión que, no cabe duda, deben adoptar individualmente y con plena autonomía, sin ningún tipo de coordinación previa."

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

"Efectivamente la Dirección de Investigación no fundamenta su imputación en la mera declaración sin probanza de un coimputado, ya que primero los clementes han aportado elementos objetivos que sustentan sus declaraciones, como se evidencia por las numerosas referencias que constan en el Informe Propuesta. A lo largo de las 64 páginas de Hechos Probados en el PCH el órgano instructor describe las reuniones y su contenido con referencia en nota a pie al documento en el que se apoya, en segundo lugar la declaración de cada clemente, en este caso son tres, sirve de elemento objetivo y externo para corroborar la del resto, sin perjuicio del juicio que merezca el valor añadido que cada una de ellas individualmente aporte en el momento en que han sido realizadas y por último la Dirección de Investigación ha realizado inspecciones domiciliarias en cuatro de las empresas imputadas, en las que se ha obtenido documentación que corrobora el relato de los hechos que los clementes realizan."

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

"Pues bien, todos los elementos fácticos señalados, llevan a una sola conclusión posible, y es la realidad de los hechos imputados..."

"Sin embargo, de los hechos acreditados se deriva sin género de duda que la mercantil recurrente participó en reuniones de intercambio de datos e informaciones en el mercado señalado por la resolución sancionadora y admitido por la Sala de instancia, el de transportes por carretera y en particular, los que tienen que ver con el tránsito aduanero e internacional, actividad de puesta en común de información que, según hemos tenido



*ocasión de reiterar con frecuencia, es una conducta que por sí misma es susceptible de provocar efectos anticompetitivos en la medida en que conlleva necesariamente la reducción de incertidumbre sobre la conducta de los competidores."*

*"Y es también jurisprudencia reiterada que las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia lo son por ser susceptibles de provocar tales efectos anticompetitivos, sin que sea un elemento del tipo infractor el que se hayan producido o no dichos efectos, circunstancia que si podría servir, en cambio, para modular la gravedad de la conducta y de la sanción consiguiente." . » .*

El quinto motivo de casación, basado en la infracción del artículo 128.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con lo dispuesto en los artículos 9.3, 24.2 y 25.1 de la Constitución y el artículo 2.3 del Código Civil, que cuestiona la aplicación restrictiva del procedimiento de clemencia establecido en los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no puede ser estimado.

Cabe referir, al respecto, que esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión, descartando que la resolución sancionadora infrinja el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables de restricción de derechos:

*« [...] Debe destacarse que la conducta imputada como infracción de la legislación nacional de defensa de la competencia se habría iniciado en el segundo semestre de 2000, vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Puesto que la incoación del expediente se produjo el 17 de noviembre de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición transitoria primera de esta norma.*

*Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta: los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de "la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio" en todo o en parte del mercado nacional, por lo que a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene mayor relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia.*

*La Ley 16/1989 no recogía una definición explícita del concepto de cartel, como sí lo hace ahora el apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007. Sin embargo, ello no evita que el cartel constituya un tipo de acuerdo entre competidores que cae en el ámbito de la prohibición del artículo 1 de la Ley 16/1989, ya adopte la forma de acuerdo sobre los precios u otras condiciones comerciales o de un reparto de mercado.*

*Ya hemos señalado que en casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de las dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, resulta necesario aplicar una de ellas, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para las empresas imputadas conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Ello también debe ser así incluso en aquellos casos en que las conductas hayan finalizado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2007.*

*Para las infracciones muy graves, como la imputada en el presente expediente, el artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007 establece como multa máxima el mismo porcentaje que establecía el artículo 10 de la Ley 16/1989: hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución. Tampoco existen diferencias entre ambas leyes en cuanto al importe mínimo de las sanciones por comisión de infracciones de cártel como las aquí imputadas. La diferencia radica en el régimen de clemencia que introduce la vigente LDC y que no existía en la Ley 16/1989. En este sentido no cabe duda de que para los solicitantes de la exención o reducción del importe de la sanción, la Ley 15/2007 ha resultado ser la norma más favorable (siendo por la que ellos mismos han optado), pero esta conclusión también es válida para el resto de los imputados, que aunque no se han acogido al régimen de clemencia, objetivamente hubieran podido hacerlo.*

En sus alegaciones sobre la infracción de los principios de legalidad e irretroactividad, también sostiene la parte recurrente que la resolución de la CNC ha aplicado de forma retroactiva la Ley 15/2007, que regulaba los cárteles y las infracciones continuadas, con las consecuencias que dicha aplicación tiene en relación con la fecha de inicio de la prescripción, e igualmente incluye en este apartado una crítica al sistema de cálculo de las sanciones, cuestión esta que, para no incurrir en repeticiones innecesarias, trataremos conjuntamente con las alegaciones de arbitrariedad y desproporción de las sanciones que efectúa la parte recurrente en el último apartado de la demanda.

Si bien es cierto que la Ley 15/2007 incorpora a su texto la definición de cártel y una referencia al cómputo del plazo de prescripción de las faltas continuadas, que no figuraban en la Ley 16/1989, sin embargo no cabe apreciar ninguna aplicación retroactiva de la primera norma, pues los acuerdos entre competidores



para eliminar o reducir la competencia ya resultaban prohibidos en la Ley 16/1989, como lo evidencian las sentencias de este Tribunal Supremo que declararon la conformidad a derecho de las sanciones impuestas por dicho tipo de acuerdos, entre ellas, la sentencia de 15 de abril de 2013 (recurso 1059/2010), sobre acuerdos de las Cajas Vascas y de Navarra, y también la figura de la infracción continuada era conocida en el ámbito de la aplicación de la Ley 16/1989, con apoyo en el artículo 4.6 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que considera sancionable como infracción continuada *"la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"*, y dicha clase de infracción fue apreciada por sentencias de este Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006 (recurso 5888/2003), 19 de marzo de 2008 (recurso 3063/2005) y la antes citada STS de 15 de abril de 2013.

El sexto motivo de casación, sustentado en la infracción del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 68 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, no puede ser estimado.

Esta Sala también ha abordado este motivo de casación, que censura la decisión del Tribunal de instancia de confirmar la existencia de una infracción de carácter continuado, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] En el presente caso concurren los requisitos de la infracción continuada, pues la asistencia de la empresa recurrente a las reuniones del cártel, y su participación en los acuerdos, constituyen una pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto administrativo en ejecución de un designio común o plan preconcebido, y la consecuencia que se sigue de la apreciación de la infracción continuada, en relación con la prescripción de la infracción, es que el cómputo de su plazo no comenzará a correr hasta que no haya cesado la conducta infractora. »

Cabe añadir que, en este supuesto, el Tribunal de instancia expone con rigor y solidez jurídica, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, porque considera que concurren los presupuestos para calificar a la conducta imputada de infracción continuada al tratarse de una conducta infractora «única y compleja» constitutiva de un cártel, cuya actividad se ha desarrollado sin interrupción durante el periodo comprendido entre octubre de 2000 y noviembre de 2008.

El séptimo motivo de casación, fundado en la infracción del artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia, que denuncia que el Tribunal de instancia no ha estimado que se han sancionado conductas que estaban presentes al no poder integrarse en una única sanción, no puede ser estimado.

Por tratarse de una infracción única y continuada como hemos expuesto, cabe considerar acertado el criterio del Tribunal de instancia que rechaza que la Comisión Nacional de la Competencia haya sancionado conductas que estaban presuntas.

El octavo motivo de casación, fundamentado en la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, así como la jurisprudencia nacional y comunitaria, por vulneración del principio de confianza legítima enunciado en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede prosperar.

Esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente respecto de que cabe exonerar de toda responsabilidad a Salvat Logística, S.A., porque las conductas sancionadas calificadas de anticompetitivas se encontraban amparadas por la normativa estatal, así como por el principio de confianza legítima.

El hecho de que la repercusión a sus clientes de un recargo por incremento del coste del carburante fue aplicado -según se aduce- con el beneplácito de la Administración no altera la conducta colusoria que fue objeto de sanción, que se sustentaba en la existencia de un cártel para intercambiar información y fijar acuerdos en materia de precios.

El noveno motivo de casación, formulado a título subsidiario, basado en la infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe ser estimado parcialmente.

Cabe referir al respecto, que 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), hemos sostenido



que « 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").

Estos pronunciamientos se basan en las siguientes consideraciones jurídicas:

«[...] 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".

Aún 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 concurrencia, por un lado, con las derivadas -y también insoslayables- del principio de proporcionalidad, por otro. Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.

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



del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

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

Esta Sala ha declarado (por todas, véanse las sentencias de 6 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005 , recursos de casación 9710/1997 y 4777/2002 , respectivamente) que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos se encuentra el de que "[...] la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989 [tampoco explícitamente en la Ley 15/2007], puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora ( artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992 ".

Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada, a los términos de la ecuación "beneficio esperado" menor al "coste de la sanción", añadida, 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 "sufren" 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. » .

No obstante lo expuesto, no procede acoger el extremo de este último motivo de casación, en lo que concierne a la censura que se formula a la fundamentación jurídica de la sentencia, por descartar la aplicación de las circunstancias atenuantes invocadas.

Esta Sala no aprecias que la valoración del Tribunal de instancia sobre la irrelevancia de las circunstancias atenuantes alegadas para graduar la sanción (la supuesta pasividad de la recurrente en la adopción e



implementación de los acuerdos anticompetitivos, -que se descarta porque sería contraria a la valoración de las pruebas, dado que ha quedado acreditada su participación en el cártel desde la primera convocatoria; el hecho de no haber liderado el proceso de coordinación de estrategias comerciales, o la circunstancia de haberse distanciado públicamente del cártel, -que no se ha acreditado-), se revele irrazonable o arbitraria.

En consecuencia con lo razonado, al estimarse el último motivo de casación articulado, procede declarar haber lugar la recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil SALVAT LOGÍSTICA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo 570/2010 , que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede estimar parcialmente el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil SALVAT LOGÍSTICA, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de julio de 2010. recaída en el expediente S/0120/08 (transitorios) que le impuso una sanción de 3.093.000 euros, al quedar acreditada la comisión de una conducta colusoria prohibida por el 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 sanción de 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 , si bien atemperando esta declaración en el siguiente sentido:

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) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no podrán incurrir en reformatio in peius en la fijación del importe de la sanción.

#### **TERCERO.- 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.

#### **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 la representación procesal de la mercantil SALVAT LOGÍSTICA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo 570/2010 , que casamos. **Segundo.-Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil SALVAT LOGÍSTICA, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de julio de 2010, recaída en el expediente S/0120/08 (transitorios), que le impuso la sanción de 3.093.000 euros, 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 sanción de 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 , sin incurrir en reformatio in peius, 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, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.