



Roj: **SAN 3453/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3453**

Id Cendoj: **28079230062014100444**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/07/2014**

Nº de Recurso: **426/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3453/2014,**  
**STS 4034/2015**

## **SENTENCIA**

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil catorce.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la *Sección Sexta* de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo**, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 426/12, seguido a instancia de "Técnicas del Pretensado y Servicios Auxiliares SL (Tecpresa)", representada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han intervenido en calidad de codemandados, Dywidag Sistemas Constructivos SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, Freyssinet SA, representada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> Gloria Messa Teichman y Mekano 4 SA, representada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> María Consuelo Rodríguez Chacón. El recurso versó sobre impugnación de **Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se fijó en 1.957.000 €, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** :- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. La recurrente es una empresa activa en España en la actividad de postensado. Presta sus servicios, esencialmente a su matriz, Ferrovial SA que controla el 99,9% de su capital social, y que tiene como sociedad de cabecera de la división de construcción - que desarrolla actividades de obra civil, edificación y obra industrial- a Ferrovial Agromán.

2. Las conductas sancionadas, comercializadas en el mercado geográfico español, se desarrollan en dos mercados de producto vinculados a obra civil: el de los postensados y el de sistemas de geotecnia.

El sistema de postensado es un método de refuerzo del hormigón, que se realiza con cables, cordones o barras de acero de alta resistencia, conocidas como tendones. Implica la aplicación de fuerza compresiva sobre el acero, después del vertido y fraguado y permite la construcción, en situaciones en las que ésta sería imposible, por las limitaciones del lugar y por las restricciones arquitectónicas.

El objeto de la investigación contempla con autonomía el suministro de barras de postensado.

El sistema de geotecnia es el área de la ingeniería civil que estudia el comportamiento de los suelos y las propiedades mecánicas, hidráulicas e ingenieriles del terreno. Las conductas colusorias vinculadas a esta práctica no se le imputan a la recurrente.



3. Los hechos constitutivos de la infracción que la resolución recurrida declara probados, constituyen un acuerdo global que afecta a las siguientes conductas:

- a) Un reparto de contratos de sistemas de postensado, desde 1996
- b) Un reparto de contratos de suministro de barras de postensado.
- c) Un reparto de clientes de sistemas geotécnicos.

4. La resolución recurrida, en el Hecho Probado 63, declara acreditado que la recurrente, tuvo una participación activa en el cártel durante parte del período de la infracción, desde 1996 hasta 2002, participando en las reuniones y teniendo asignada una cuota de mercado.

Desde 2002 hasta 2009, su participación en el cártel se reduce a mantenerse en contacto con las empresas del cártel, a las que comunicaba los proyectos en los que estaba interesada en participar y para los que las empresas del cártel ofrecería precios superiores a los ofertados por la recurrente. Por su parte la recurrente se comprometería a no competir con las empresas del cártel en determinadas circunstancias.

5. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha dos de agosto de 2012, adoptó, entre otras, las siguientes decisiones:

- a) Declarar que la actuación de la entidad recurrente ha incurrido en una infracción única y continuada, constitutiva de un cártel y calificada como falta muy grave, tipificada en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE, por los acuerdos adoptados con otras empresas, a través de contactos y las reuniones entre representantes de dichas empresas, desde 1996 hasta 2010.
- b) Imponer a la entidad recurrente una sanción de multa por importe de 1.957.000 euros

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

1. Prescripción de la infracción y violación del derecho a la presunción de inocencia ( artículo 24.2 CE):

-La recurrente dejó de participar en los acuerdos e intercambios de información objeto del expediente sancionador, desde 2003, por lo que, cuando recibe la primera comunicación sobre la existencia del mismo, el 17 de junio de 2010, han transcurrido en exceso los 4 años a que se refiere el artículo 68.1 LDC, determinando la prescripción de la infracción.

-La única prueba empleada por la Resolución para probar la participación de la recurrente más allá de 2003, fecha en la que comunicó públicamente su separación de dichas prácticas, es la documentación relativa a determinados acuerdos, firmados el 21 de septiembre de 2004, referidos al "Proyecto Adriático".

Este documento evidencia lo contrario de lo que la CNC pretende, pues en el mismo se cuenta con la posibilidad de que la recurrente no participe en la ejecución de una obra que pudiera adjudicarse a Ferrovial, lo que evidencia que la recurrente acudía o no a las licitaciones, al margen de cualquier acuerdo colusorio, en el que, en todo caso, no aparece (folios 2459 y 2460). No se fija en dicho documento, ninguna compensación ni reparto en la participación pues las restantes empresas desconocían las estrategia comercial de la recurrente.

-Hay actos de los competidores y de la CNC, que evidencian el abandono de la actividad colusoria por la recurrente: a) la cuota de mercado atribuida a la recurrente hasta 2003 se repartió entre los otros miembros del acuerdo (H 72), b) La propuesta de resolución, folio 17990, reconoce que a partir de 2002, la recurrente no tenía cuota asignada y no participó en el seguimiento de obras repartidas a través de los listados obras, c) no fue convocada ni asistió a ninguna reunión mantenida entre las empresas investigadas, d) no se citan correos electrónicos enviados a la recurrente o por la misma: no se ha acreditado la existencia de una relación fluida entre la recurrente y las demás empresas del cártel, e) el solicitante de clemencia así lo afirma, (folio 1982) con efectos de 2001, f) La recurrente ha justificado que desde 2003, compitió activamente en el mercado del postensado, y no mantuvo acuerdos con ninguna otra empresa del sector

-Invoca jurisprudencia del TS y TC sobre la presunción de inocencia: Subraya la falta de prueba sobre la participación de la recurrente en los actos colusorios sancionados, a partir de 2003.

2. Infracción del artículo 63.1 d) LDC, al haber superado la multa impuesta el 10% del volumen de negocio de la recurrente en el mercado afectado por la infracción en el anterior a su imposición:

-Invoca la jurisprudencia reiterada de la Sala que aplica el 10% sobre el mercado afectado y no sobre el volumen total de ventas de la sociedad.



-Subraya que el volumen de ventas de la recurrente en el mercado de postensado en el año 2011, fue de 2.075.979,40 €, por lo que debe rebajarse la sanción impuesta.

3. Falta de imputación de Ferrovial: Infracción del artículo 63 LDC y 23.2 c) del Reglamento 1/2003

-La sanción se impone sobre la base del volumen de negocios de la matriz de la recurrente, que no fue imputada por decisión consciente de la CNC, a pesar de lo cual se toma en cuenta su volumen de negocio para el cálculo de la multa.

4. Infracción del artículo 64 LDC : Necesidad de reducir la cuantía de la multa:

-La recurrente, en todo caso desplegó un rol pasivo, reconocido por la DI, con un alcance limitado en la infracción: no puede imponerse la misma multa a quien participa activamente en un cártel que a quien, en su caso, lo hizo de forma puntual. El coeficiente de ajuste, fijado en un 15% debería reducirse. Esta circunstancia debe tener cabida en el artículo 64 LDC , que no contiene una relación "numerus clausus" de circunstancias a tener en cuenta para modular la gravedad de la infracción.

-Invoca la STG de 25-11-2011 Aragonesas y la Decisión de la Comisión Europea de 31 de mayo de 2006, en el asunto Metacrilatos

-Debe tenerse en cuenta también que la recurrente, en su caso, sólo habría participado en una de las vertientes del acuerdo global, es decir, en la actividad de postensados y no en las de barras y geotecnia, razón por la que no puede ser sancionada con la misma intensidad que las otras que además eran asiduos a las reuniones del cártel.

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

**CUARTO:**- La codemandada, Dywidag Sistemas Constructivos SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, solicitó la desestimación del recurso y la confirmación del acto impugnado. El resto de los codemandados no formularon alegaciones.

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

**SEXTO:**- Señalado el día ocho de julio de 2014 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

**SÉPTIMO:**- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha dos de agosto de 2012, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en cuya virtud, entre otros extremos, se acordó:

1. Declarar que la entidad recurrente ha incurrido en una infracción única y continuada, constitutiva de un cártel y calificada como falta muy grave, tipificada en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE , por los acuerdos adoptados con otras empresas, a través de contactos y las reuniones entre representantes de dichas empresas, desde 1996 hasta 2010.

2. Imponer a la entidad recurrente una sanción de multa por importe de 1.957.000 euros

**SEGUNDO:** La primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la prescripción de la infracción y eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ambas alegadas de forma entrelazada por la recurrente.

La recurrente fija el "dies a quo" del inicio de la conducta objeto de sanción, en 1996, sin mayor concreción, cuestión que resulta pacífica entre las partes.

El punto de discordia es el relativo a determinar si en 2003, la recurrente, como sostiene en su demanda, cesó en la conducta y se apartó de las prácticas colusorias públicamente o al menos con conocimiento directo de los demás implicados, extremo que la resolución recurrida niega.

En el caso de prosperar la tesis de la recurrente, esto es, si la conducta infractora se tiene por terminada en 2003, la infracción sancionada efectivamente habría prescrito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC ), pues el primer requerimiento de la CNC



dirigido a la recurrente, a fin de clarificar los hechos sancionados, fue remitido el 17 de junio de 2010, es decir, habrían transcurrido más de cuatro años de inactividad.

**TERCERO:** La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la suficiencia de la prueba indiciaria y de los requisitos para su validez como prueba de cargo, nos recuerda que es indudable que la carga de la prueba corresponde a la CNC, en la medida en que dicho órgano es el que impone la sanción y debe, en consecuencia, desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia de que goza la empresa recurrente. Así se establece en el artículo 24.2 CE y el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, el derecho a la presunción de inocencia no puede identificarse con la obligación por parte de la Administración sancionadora, de contar siempre y en todo caso con pruebas directas de la comisión de la infracción.

La acreditación de las conductas infractoras mediante la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde las SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa razonable que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tiene, de acuerdo con el artículo 19 del TUE, la misión de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, realiza este cometido a través de los distintos órganos jurisdiccionales que lo integran, a estos efectos, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General. Ambos Tribunales, se han expresado en los términos expuestos, y buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C- 441/11, apartados 70 y concordantes.

Los elementos de prueba con los que cuenta la CNC para la imposición de la sanción, son, además de las declaraciones del solicitante de clemencia, de los documentos que halló en el domicilio de determinadas empresas implicadas, entre las que no se encuentra la recurrente, a raíz de la entrada en sus locales efectuada el 17 de junio de 2010.

Particularmente relevante resulta, en materia de intercambio de información, la cita de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08, T-Mobile, sucesivamente reiterada, en cuya parte dispositiva se manifiesta que "siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas". Esta presunción admite, lógicamente, prueba en contrario, que debe centrarse en la acreditación de la manifestación pública su apartamiento del cártel o bien, dirigiéndose de forma documental acreditada a los asistentes a la reunión. Entendemos que, además, podrán tomarse en consideración otras circunstancias análogas, que evidencien de forma indubitada, que, efectivamente, ese alejamiento se ha producido.

El examen de los elementos de prueba debe realizarse a la luz de la jurisprudencia del TEDH. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini ha venido a subrayar la importancia del control jurisdiccional en materia de Derecho de la Competencia y lo hace desde una premisa esencial: el juez debe realizar un control completo de los elementos de prueba empleados por la Comisión y su revisión se extiende a todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas, estando facultado, en lo que a la fijación de la cuantía de la multa respecta, a sustituir plenamente los criterios de la Comisión por los suyos propios, todo ello sin perjuicio de respetar, obviamente con arreglo a las técnicas de control que los son propias, el margen de discrecionalidad que los Tratados confieren a la Comisión, en orden a determinar la existencia de la infracción misma.

Esta doctrina, que no era ajena a las prácticas de los Tribunales de la Unión, fue rápidamente tomada en consideración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cita de la misma, en las conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott de 12 de enero de 2012, asunto Alliance One Internacional C-628/10, apartado 97, y más recientemente por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2014, Asunto Telefónica C- 295/12. También por esta Audiencia Nacional, en la Sentencia de 30 de enero de 2014, recurso nº 422/12, Asunto Florencio Barrera.

Así las cosas, resulta obligado realizar en este momento un análisis crítico de los elementos probatorios empleados por la CNC:

En primer lugar, resulta indiscutida la presencia de la recurrente en el cártel, en el período que va desde 1996 hasta 2003, asistiendo a reuniones colusorias, en las que se procedía a realizar intercambios de información

sobre precios y clientes, que se concretaba en el reparto de las obras en que cada uno de los integrantes del cártel iba a participar. Tampoco hay duda sobre la continuidad activa en el mismo mercado de la recurrente, hasta el momento en que se incoan las actuaciones que dan lugar a la imposición de la sanción.

En esta tesitura debe concluirse, de acuerdo con la jurisprudencia anotada, que la CNC ha cumplido con su obligación de aportar elementos de prueba para construir válidamente la presunción que desvirtúa la presunción de inocencia, avalada por la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto T-Mobile C-8/08.

Las explicaciones que para desactivar esta presunción, emplea la recurrente son las siguientes:

En primer lugar manifiesta que se apartó públicamente de las prácticas colusorias, afirmación que no está apoyada por pruebas sólidas. En efecto, tal declaración no se realiza en la forma que exigen los Tribunales de la Unión, es decir, bien mediante una comunicación pública de esa voluntad, lo que implica una denuncia del cártel, o bien mediante el envío de cartas individuales a cada uno de los participantes expresando su voluntad de apartarse del cártel, de lo que, obviamente, tiene que aportarse prueba concluyente.

Ninguna de estas dos circunstancias concurre, pues lo que la recurrente manifiesta al respecto es que un apoderado y gerente de la recurrente, realizó un acta de manifestaciones al tiempo de formular sus alegaciones ante al pliego de concreción de hechos ante la CNC, exponiendo que en 2003, la recurrente comunicó al resto de competidores en el mercado del postensado, que no seguiría informándoles de los proyectos en los que estaba interesada y que pasaría ser competidora en todos los proyectos en los que tuviera interés, al margen de quien fuera la empresa convocante.

No existe constancia, por un medio objetivo y contrastable, de que esas manifestación que dicho apoderado afirma haber realizado en 2003, realmente se hubieran efectuado.

En segundo lugar, se pasa a analizar la prueba que, además de la presunción a que hemos referencia, aportó la CNC. Se trata del documento reproducido y valorado por la CNC, en la página 151 de la resolución recurrida conocido como "Proyecto Adriático". Tal y como señala la CNC en su resolución, la recurrente aparece en dicho documento como beneficiaria de los acuerdos de reparto de las obras, pues en el mismo se toma en consideración la posibilidad de que la recurrente participe, estableciendo un criterio de compensación específico para el caso de que concurriera dicha circunstancia. Además, en el mismo documento se indica que a raíz de este proyecto las empresas implicadas se reunieron en múltiples ocasiones concretándose las fechas en el mismo documento.

La recurrente realiza una interpretación alternativa de dicho documento, centrada en el hecho de que la recurrente aparece en el mismo como un competidor al que habría que otorgar una compensación, razonamiento que no podemos compartir. El documento hace referencia a la recurrente como filial de Ferrovial, que sí figura como participante en los acuerdos, por lo que no se la contempla como un competidor, sino como una alternativa para la ejecución de la obra. En todo caso, aún admitiendo en hipótesis como aceptable la tesis de la recurrente, lo cierto es que el resto de pruebas analizadas por la CNC, pues contrariamente a lo que se afirma en la demanda ésta no fue la única en que se basó la resolución recurrida, conducen directamente a formar nuestra convicción sobre la culpabilidad e implicación de la recurrente en la infracción.

Estas pruebas, que vienen a confortar la presunción establecida por la jurisprudencia T-Mobile citada, son las declaraciones del solicitante de clemencia y la documentación a que se refieren los hechos probados 63 y 64, esencialmente notas manuscritas incautadas en la inspección realizada a la sede de otras empresas. En las mismas se muestra como la recurrente se dirigía puntualmente a determinados miembros del cártel para interesarse por determinadas adjudicaciones, y consta que lo hizo, desde el dos de agosto de 2006 hasta el 12 de junio de 2009. La recurrente no ha cuestionado la realidad de estos documentos, a los que se remite el FJ 7 de la Resolución recurrida (pág. 159, punto 5 en relación con la página 158, punto 1).

**CUARTO:** Deben analizarse a continuación las alegaciones de la recurrente sobre eventuales infracciones de la resolución recurrida, en relación a la aplicación del artículo 64 LDC. En primer lugar, debemos mostrar nuestra conformidad con la tesis de la recurrente en el sentido de que las circunstancias mencionadas en el artículo 64 LDC no constituyen un numerus clausus, pues la relación de parámetros citados en dicha norma se hace a título ilustrativo, por lo que no hay obstáculo alguno para considerar la posibilidad de aplicar el supuesto rol pasivo desplegado por la recurrente, ya que esta circunstancia ha sido, en ocasiones, admitida por la jurisprudencia. Sin perjuicio de lo anterior, no podemos compartir con la recurrente sus argumentos respecto a la concurrencia de los presupuestos necesarios para la aplicación de esta circunstancia, pues de la propia jurisprudencia que cita, STG de 25-11-2011, asunto T-348/08, Aragonesas,

apartados 286 a 289, se concluye que, con independencia de que las empresas implicadas participen con más o menos frecuencia en los encuentros esporádicos, el dato relevante es la intensidad con la que participan en los mismos. Si una empresa, y éste es el caso de la recurrente, puede permitirse no asistir a



determinadas reuniones y concertaciones, hasta el extremo de no contar ya con una cuota en reparto general de adjudicaciones, pero, al mismo tiempo, puede tomar la iniciativa para participar en aquellas que son de su interés, y sus pretensiones son aceptadas por el resto, en realidad está mostrando que su posición en el cártel es muy relevante y que permanece activa en el mismo. La documentación a que se refiere el hecho probado 64 de la Resolución, pone de manifiesto que la recurrente adoptaba una posición activa, solicitando participar en determinadas concertaciones en el período posterior a 2003, razón por la que no podemos concluir que la recurrente ha desplegado un rol pasivo en el cártel.

En segundo lugar debe analizarse la cuestión relativa demanda de reducción del coeficiente de ajuste, fijado en un 15% (página 161 de la resolución). En este punto se constata que la resolución recurrida, al tiempo de calcular la multa, fija el coeficiente a que se refiere el punto de la Comunicación de la CNC para la imposición de sanciones derivadas de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, de forma común para todas las empresas en un 15%. La realidad es que la situación y participación de las empresas, no es igual en todos los casos, pues la recurrente sólo ha participado en uno de los tres acuerdos globales, el que se refiere al mercado de los postensados, mientras que a otras empresas, que además, han participado en los acuerdos de postensado con barras y geotécnica se la fija el mismo coeficiente. La aplicación del principio de proporcionalidad, invocado por la recurrente, nos lleva a reducir este porcentaje para el cálculo del importe básico, que fijamos ponderadamente en un 5% sobre el volumen de negocios en el sector afectado por la infracción, mínimo que la propia Comunicación establece.

Finalmente, la recurrente alega, con razón, que para el cálculo de la multa no pueden tomarse en consideración las cifras de negocio de la sociedad matriz, Ferrovial SA, pues ésta no fue imputada en el expediente sancionador.

**QUINTO:** 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 63.1.c) de la Ley de 2007, puesto en relación con la magnitud a la que ha de ser aplicado, la Sala ha llegado a la conclusión de anular parcialmente la resolución recurrida por haber aplicado la CNC el límite máximo de la sanción por falta muy grave del 10%, en relación con el volumen total de ventas de la recurrente y no sobre el volumen total del mercado afectado, alegación que la recurrente desarrolla de forma específica y detallada en sus conclusiones. El razonamiento de la Sala es el siguiente:

I. Sobre la naturaleza del límite del 10%.

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

El artículo 62 de la Ley 15/2007 establece:

*"4. Son infracciones muy graves:*

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

El artículo 63 de la misma Ley:

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

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

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

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

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

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

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

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.



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

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

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

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

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

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

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

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

*"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas ( sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006 , Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174 , y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05 , Rec. p. II-1443, apartado 280).*

*161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).*

*162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).*

*163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad ( sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08 , Rec. p. II-0000, apartado 74).*

*164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior,*



no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia *Costa vs Enel*, y, posteriormente, sentencia *Simmental* y sentencia *Kreil*. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 (*El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión*), o en el artículo 290 (*Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo*)

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4 :

*"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."*

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

*"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:*

- orden de cesación de la infracción,

- adopción de medidas cautelares,

- aceptación de compromisos,

- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento *"Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral."* -; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a

tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución .

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003 :

*"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril . En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE : «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.*

*La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6 ; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3.*

*En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3 , y 123/2001, de 4 de junio , FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11 , y 196/2002, de 28 de octubre , FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [ STC 62/1982, de 15 de octubre , FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo , FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero , FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3 ; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» ( STC 34/1996, de 11 de marzo , FJ 5)."*

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

*"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» ( SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2 ; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3 ; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8 ; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10 ; y 25/2002, de 11 de febrero , FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre , «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."*

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina "cuadro de las existentes".

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de Lex certa y reserva legal,

respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2007 dispone:

*"La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia."*

Del contenido anterior, se concluye que la CNC en sus comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, pero ello no implica una habilitación para fijar las sanciones.

Por ello la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, y a ello hace referencia la respuesta del Sr. Abogado del Estado a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución, en los términos examinados.

La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 - y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables.

En este sentido se expresó la sentencia del TS de 6 de marzo de 2003 al señalar que no se observaba vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Ley 16/1989, pues entendió que tal artículo señalaba el máximo de multa pecuniaria, y admitía la posibilidad de una graduación razonada atendiendo también a los criterios legalmente establecidos.

II: Sobre la base que ha de aplicarse el límite del 10%.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

*"... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."*

El artículo 63 de la Ley 15/2007 :

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

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos *ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.

Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto *"... volumen de ventas..."* o *"... volumen de negocios total..."*: y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.



Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

- a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,
- b) finalidad de la norma: consiste en la represión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y
- c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal General antes citada:

*"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."*

La vinculación del valor de las ventas de bienes o servicios en relación directa o indirecta con la infracción en el sector geográfico correspondiente, es precisamente el parámetro establecido para la determinación de las sanciones que deben imponerse, pero como en nuestro Derecho esas sanciones han de venir establecidas por la Ley - y el Reglamento CEE 1/2003, en su artículo 5 remite la imposición de las sanciones al Derecho interno -, el parámetro del mercado afectado directa o indirectamente por la infracción ha de venir referido al cuadro de sanciones del artículo 63 de la Ley 15/2007 .

El artículo 3 del Código Civil establece:

*"1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."*

El criterio gramatical no es suficiente para resolver el problema, pues el precepto de aplicación se refiere al *volumen de negocios total de la empresa infractora* , pero sin especificar a) si el volumen de negocios total lo es en todas las ramas de actividad o tan sólo en la afectada, b) si el concepto de empresa viene referido a la "unidad patrimonial autónoma y compleja" a través de la cual se realiza la actividad económica, a la personalidad jurídica de la entidad infractora o al grupo empresarial en que se integra de existir éste. Lo que resulta claro, es que se excluye de la base para la imposición de la sanción el concepto de volumen de operaciones afectadas por la infracción, pues el concepto de "volumen de negocios total" no puede incluir tan solo las operaciones afectadas por la infracción sino que ha de ser más amplio, precisamente porque se señala el término "total"

No es el criterio gramatical suficiente para solucionar el problema jurídico que se plantea, pues los conceptos que contiene el precepto admiten, desde el punto de vista jurídico, diversas acepciones y delimitaciones; por tal razón hemos acudido "al espíritu y finalidad" de la norma para la delimitación del concepto que encierra y que es, precisamente, la base sobre la que debe aplicarse la sanción.

Por último, hemos de señalar, de una parte, que la interpretación normativa ha de venir resuelta por parámetros de prevalencia del Derecho europeo y de constitucionalidad en primer término, que deben operar con preferencia a la voluntad del legislador, pues tanto el Derecho Europeo como la Constitución son normas prevalente a las de rango de Ley. De otra parte, el supuesto en que una empresa haya cesado en su actividad con anterioridad al año anterior a la Resolución de la CNC, es irrelevante, pues en tal caso, tampoco podría aplicarse el 10% como umbral de nivelación, y, en todo caso, el criterio temporal de la norma es claro.



Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% del volumen de negocios del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción.

La recurrente señala que su volumen de negocios en el mercado afectado es sensiblemente inferior al total de la empresa, por lo que la sanción impuesta sobrepasa ampliamente el límite legalmente establecido, razón por la que, también por este motivo la resolución recurrida debería ser anulada.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser anulada, fijándose como límite máximo la cantidad de 207.979,40 euros, pues su volumen total de facturación en España, en el sector afectado, ascendió a 2.075.979,40 euros en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción.

**OCTAVO** : De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , acordándose una estimación parcial del recurso, no procede realizar un especial pronunciamiento sobre las costas, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

## FALLO

Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos, en esa medida, el acto impugnado. La cuantía de la multa se calculará exclusivamente sobre el volumen de ventas de la recurrente afectada por la infracción, excluyendo las cifras de negocios de su sociedad matriz. En el referido cálculo, se fijará como coeficiente para el cálculo del importe básico de la sanción, un 5%. En ningún caso la sanción podrá superar los 207.979,40 euros. Se confirma el acto recurrido en sus restantes pronunciamientos. Sin costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ordinario ante la Sala III del Tribunal Supremo, que podrá preparar ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

## Voto Particular

**VOTO PARTICULAR** que formula el Magistrado D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, a la sentencia de 21 de julio de 2014 dictada en el recurso 426/12.

La sentencia de la que discrepo plantea dos cuestiones vinculadas a la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC ), que deben resolverse, en mi opinión, en sentido distinto al adoptado por la mayoría:

- a) La primera: sobre la naturaleza, para fijar la multa, del porcentaje del 10% del volumen de negocios de la empresa sancionada.
- b) La segunda: sobre la base que este límite debe aplicarse.

**PRIMERO** : Por lo que respecta a la primera de las cuestiones referidas, esto es, la determinación de la naturaleza del límite del 10%, mi discrepancia se refiere al FJ de la sentencia de referencia, y la formulo en los siguientes términos:

1º. En mi opinión, la distinta naturaleza jurídica de la Comisión Europea y la CNC, no tiene la importancia que la sentencia le confiere. Sin duda, su régimen jurídico y estatuto son distintos, pero ambas son, en lo que a este caso afecta, organizaciones administrativas que imponen sanciones en materia de libre competencia, siendo estas sanciones de naturaleza penal, a los efectos de la Convención de Roma de 4 de noviembre de 1950.

Esta regulación, sanción penal impuesta por la Administración, resulta compatible con la Convención, si las resoluciones que se dicten son susceptibles de ser controladas por un órgano judicial independiente, que merezca tal calificación según los parámetros del artículo 6 de la Convención y que actúe con plena jurisdicción. A este respecto me remito al apartado 59 y concordantes de la STEDH de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini. Tanto el sistema de la Unión como el español, cumplen con estas exigencias, por lo que no se plantea cuestión relevante en cuanto a la naturaleza del órgano sancionador.

2º. Tampoco comparto, por las razones que se exponen en los apartados siguientes, la afirmación que se hace en la Sentencia, en el sentido de que cuando la normativa española ( artículo 63 LDC ) impone un límite máximo para las sanciones del 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior, dicho límite debe identificarse con el grado máximo que puede imponerse a las infracciones muy graves, y no



como indica el Tribunal General, con un umbral de nivelación. Según la Sentencia, esta interpretación sólo sería válida para la actuación de la Comisión Europea. En caso contrario, estima la Sentencia, la regulación española debería calificarse como inconstitucional por violación del artículo 25 CE, lo que expresamente descarta a la vista de la jurisprudencia del TS al respecto.

3º. El Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en la actualidad artículos 101 y 102 TFUE), en su artículo 23. 2 y 3, ciertamente sólo menciona a la Comisión como órgano competente para la imposición de las multas sancionadoras por infracción de los artículos 81 y 82. Además, establece como únicos criterios para determinar su importe, el de la gravedad de la conducta y el de su duración, indicando que la multa no podrá superar el 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior, todo ello sin establecer una escala de infracciones y sanciones y sin mencionar otros criterios de graduación de la multa.

No obstante, resulta adecuado tomar en consideración los siguientes aspectos: a) La CNC es competente para aplicar en España los artículos 101 y 102 del TFUE en los supuestos en los que las prácticas anticompetitivas puedan afectar al comercio entre los Estados miembros ( artículo 3 del Reglamento 1/2003 ). b) Para hacer efectivo el respeto a las reglas de la libre competencia, la CNC podrá imponer sanciones ( artículo 5 y considerando 29 del Reglamento 1/2003 ). Estas sanciones tienen como finalidad garantizar el efecto útil de los artículos 101 y 102 TFUE . c) Si bien los principios enunciados en los artículos 101 y 102 TFUE, confieren un protagonismo especial a los órganos de la Unión, debe fomentarse la participación de los Estados nacionales en la aplicación eficaz de las normas de competencia (considerando 34 del Reglamento 1/2003) d) Cuando el Reglamento 1/2003 estima que determinados aspectos del mismo no son de directa aplicación en los Estados miembros, así lo indica, como es el caso de las reglas para valoración de la prueba y para la determinación de los hechos, y precisa a continuación, que ello será posible siempre que las disposiciones nacionales sean compatibles con los principios generales del Derecho Comunitario (considerando 5 del Reglamento 1/2003).

4º. Resulta pertinente en el presente caso la cita de la STJUE de 4 de junio de 2009 Asunto T- Mobile C-8/08, apartados 49 a 51 y las Conclusiones de 19 de febrero de 2009, de la Abogado General J. Kokott en el mismo asunto, apartados 81 y ss. Si bien en materia de procedimiento, que no de derecho sustantivo, los Tribunales nacionales gozan de un margen de actuación, el mismo está sujeto a los principios de equivalencia y efectividad, y debe garantizarse, en todo caso, el efecto útil del artículo 101 del TFUE. Llamo especialmente la atención sobre el apartado 85 de estas Conclusiones, asumido sin género de dudas por la sentencia en el examen de la segunda cuestión prejudicial planteada, en el que se califica de crucial la interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión, del artículo 81 del Tratado CE, hoy, 101 TFUE. Una interpretación que omitiera el aspecto sancionador de este tipo de conductas, privaría de efecto útil a las mismas.

5º. En el presente caso, el artículo 63 LDC establece que el importe de la multa por infracción de la propia ley, lo que implica también la de los artículos 101 y 102 TFUE, no puede ser superior al 10% del volumen total de negocios de la empresa infractora en el año anterior a la comisión de la infracción, y es, en este punto, fiel trasunto del Reglamento 1/2003.

Por esta razón, debe interpretarse necesariamente por todos los órganos jurisdiccionales nacionales, en la forma que lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sus resoluciones, ya sean, tanto del Tribunal de Justicia, como del Tribunal General. Ambas jurisdicciones son llamadas por el artículo 19 del TUE a garantizar, en nombre de la Institución en la que se integran, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el respeto del Derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados.

6º. En estas circunstancias, solo cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal General y del Tribunal de Justicia, es unánime cuando indica que el límite del 10%, no se identifica con la multa máxima que puede imponerse a las infracciones muy graves, sino que opera como un umbral de nivelación.

En consecuencia, se calculará la multa en función esencialmente de los criterios de gravedad y duración de la infracción, con la aplicación, en su caso, de las circunstancias modificativas de responsabilidad que se estimen pertinentes, y desde el respeto a los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

En definitiva, atendiendo a las particulares circunstancias del caso, la autoridad de competencia podría establecer, de entrada, una sanción muy superior a ese 10%, del volumen total de negocio del ejercicio anterior, pero en la práctica no podría exigir su pago, porque en ese momento operaría el límite referido y la sanción no sería exigible más allá del mismo. Por ello se califica como umbral de nivelación y no como límite máximo de la sanción por falta muy grave, sin perjuicio de que este umbral de nivelación se identifique, obviamente, con la cuantía máxima que pueda exigirse a la empresa infractora.

Esta construcción tiene consecuencias prácticas importantes. Permite desvincular del principio de proporcionalidad o igualdad de trato, los supuestos de imposición de multas sancionadoras por infracción de



los artículos 101 y 102 TFUE impuestas en el mismo límite del 10%. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012, asunto T- 352/09 , Novácké chemické závody a.s., apartado 161 y ss, que simplemente reitera doctrina anterior.

Por estas razones estimo que la única interpretación que cabe respecto del referido límite del 10%, es la que acaba de exponerse, sin que sea posible una reinterpretación del mismo realizada en clave nacional.

7º. Una cuestión distinta es la de si el sistema regulado en los artículos 63 y 64 de la LDC , que es más explícito y garantista que el establecido en la normativa de la Unión, en la obviamente se inspira, resulta compatible con el marco constitucional español, y en concreto con artículo 25 CE y el principio de taxatividad ( STC 100/2003 ).

La sentencia de la que discrepo aborda también esta cuestión, en términos que entiendo que deben ser matizados, pues para justificar la constitucionalidad de los preceptos citados, descarta la naturaleza del límite del 10% como umbral de nivelación, afirmación que, como he dicho, resulta intangible para el juzgador español.

El Tribunal Supremo en varias sentencias desde la inicial STS de 6-3-2003 RC 9710/1997 , hasta la más reciente de 28-1-2013 RC 7280/2005, se ha manifestado, de forma constante, en el sentido de que el artículo 10 de la Ley 16/1989 , precedente de los actuales artículos 63 y 64 de la LDC , no infringía el artículo 25 CE , y en concreto el principio de taxatividad. De forma expresa se indica en dicha jurisprudencia, que la sentencia de 28-1-13 reitera, ningún precepto impone la obligación de establecer una escala o división tripartita de infracciones, bastando con una única categoría.

Un examen comparativo de ambos textos legales, nos permite concluir sin dificultad, que la nueva normativa introduce mayores garantías, por lo que, razonablemente cabe entender que la citada doctrina jurisprudencial no se ha visto alterada por la modificación legal, razón por la que no creo pertinente ahondar en esta cuestión, pues basta la remisión a dicha jurisprudencia.

8º. De no aceptarse la interpretación que propongo, queda, naturalmente a salvo, la posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, o de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, poniendo de manifiesto el distinto grado de protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito nacional y de la Unión.

Personalmente, ni comparto, ni propongo, ninguna de las dos medidas, teniendo en cuenta, por una parte, la clara y reiterada posición del Tribunal Supremo, y la uniformidad absoluta de la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre esta cuestión, apoyada en la necesidad, calificada como esencial, de la aplicación uniforme de los artículos 101 y 102 TFUE , para lo que sería impensable no incluir el aspecto sancionatorio, que es el que garantiza su eficacia.

Resulta de interés a este respecto la lectura de las SSTJUE de 26 de febrero de 2013, asunto Melloni C-399/11 , y de 22 de junio de 2010, asuntos Aziz Malki y Selim Abdeli, C-188 y 189/10.

**SEGUNDO** : En lo que respecta al segundo motivo de discrepancia al que he hecho referencia, esto es, la base sobre la que dicho límite debe aplicarse, que se trata también en el FJ 6 de la sentencia de la que discrepo, me remito directamente al voto formulado en su día por la antigua Magistrada de esta Sección Dª Lucía Acín, reiterado en distintas ocasiones, que transcribo a continuación:

"Los motivos por los que considero que el límite del 10% del volumen de ventas o de negocios total de la empresa infractora fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 no viene referido al volumen de negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, sino a todo el negocio de la empresa son los siguientes:

1) El hecho de que se haya introducido la palabra "total" en la nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia para referirse al volumen de negocios. Así el artículo 10 de la Ley 16/1989 fijaba como límite de la cuantía de las sanciones "multa de hasta 150.000.000 ptas. (900.000 euros), cuantía que podía ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal". La Ley 15/2007 que deroga la anterior establece en el artículo 63 1 c ) como límite de la sanción por la comisión de infracciones muy graves "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa". En los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (publicados en la pagina web de la CNC), algunos de los despachos de abogados consultados manifestaron en relación con el importe máximo de las sanciones que era necesario introducir dos "modificaciones" . Por una parte sugerían que debería tomarse únicamente en cuenta el volumen de ventas realizado en el mercado afectado por la infracción. De esta forma indicaban se evitaba que se tomen bases de cálculo diferentes en función de cómo estén estructuradas jurídicamente las empresas (e.g. una sola sociedad con varias actividades o con una filial independiente por actividad) y por otra el año de referencia debería ser el último en que se cometió la



infracción. La nueva Ley no introduce ninguna de esas modificaciones sugeridas sino que al contrario introduce la palabra "total" precisamente para aclarar que se refiere a todo el volumen total y no limitado al volumen de ventas en el mercado afectado.

2) La redacción del artículo 63. 1 c) de la Ley 15/2007 coincide con la redacción del artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003 que después de establecer que la Comisión puede imponer multas a las empresas que infrinjan las disposiciones del artículo 81 y 82 del Tratado señala que "por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior".

3) Se indica en la sentencia que el tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción no es proporcional a la infracción reprimida teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el ámbito de vulneración.

El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función de los criterios establecidos en el artículo 64 (características del mercado afectado, cuota alcance de la infracción, efectos), teniendo en cuenta el período de participación en la infracción. Tanto las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones se establece que el importe básico de la multa se calcula en función de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, pero añade que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de participación en la misma. El porcentaje del valor de las ventas depende de la gravedad de la infracción (naturaleza de la misma, cuota de mercado acumulada de todas las partes afectadas, amplitud geográfica, etc.) y puede llegar hasta el 30 % si concurren una serie de circunstancias y que se incrementará o reducirá en función de la concurrencia de agravantes o atenuantes.

En los casos en que la aplicación de este criterio (porcentaje del volumen de ventas en el mercado afectado) multiplicado por un coeficiente según los años que ha durado la infracción supere el límite del 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior se reduce la sanción a ese límite. Así ha sido aplicado por la Comisión Europea y analizado en la sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011 caso Putters International/Comisión en el que la Comisión redujo la sanción que correspondería por aplicación de las Directrices (porcentaje del volumen de negocios del mercado afectado multiplicado por un coeficiente según el número de años) al umbral del 10% establecido como límite de la sanción en el artículo 23 del Reglamento CE 1/2003 y señaló que "esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad".

Por tanto no se puede identificar "volumen de ventas afectado por la infracción" con el "volumen de negocio global o total". El primero es el que se tiene en cuenta tanto en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como en la Comunicación de la CNC para la cuantificación de las sanciones para calcular el importe básico de la sanción y viene determinado por "las ventas obtenidas por el infractor en los mercados del producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo que la infracción ha tenido lugar". El segundo "volumen de negocios total" se refiere al volumen total del negocio de la empresa y no limitado al mercado afectado por la infracción y sobre el que se establece el límite máximo de la sanción en el artículo 63 LDC 15/2007 y por ello viene referido al ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa ya que se tiene en cuenta la situación de la empresa para hacer frente al pago de la multa en un momento próximo a su pago (momento en el que generalmente ha cesado la infracción y por tanto no tiene relación con el volumen realizado durante el periodo de comisión de la infracción).

El mercado afectado por la infracción es uno de los criterios para graduar la sanción conforme al artículo 10. 2 b) de la Ley 16/1989 y 64. 1 b) de la Ley 15/2007 ... pero no constituye el parámetro para determinar el límite de la sanción máxima que se puede imponer conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1 c) de la Ley 15/2007 .

4) Si se aplica el criterio mantenido por la mayoría de mis compañeros que limita el importe máximo de la sanción al 10% de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que 1) basta a la empresa dejar de operar o que disminuya la realización de operaciones en ese mercado cuando conoce el inicio de una investigación teniendo en cuenta que el plazo desde que se inicia un expediente hasta que se dicta una resolución es de 18 meses y por tanto se va a tener en cuenta el volumen de operaciones realizadas durante la tramitación del expediente



en que ya ha cesado la conducta anticompetitiva. Ello puede determinar que al no haber realizado actividad alguna en ese mercado en el último año el importe máximo de la multa sea cero 2) supone un agravio para las empresas que han participado en un corto período de tiempo frente a los que han intervenido durante todo el período de duración de la conducta infractora 3) no se vincula el importe de la infracción al volumen de ventas obtenido en el período de duración de la infracción 4) supone una reducción considerable del importe de la multa ( en algunos casos si ha cesado de operar en ese mercado implica la imposibilidad de imponer sanción) que en algunos casos puede determinar que dicho importe ni siquiera supere el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva".

Fdo SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

PUBLICACIÓN.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ