



Roj: **STS 5193/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5193**

Id Cendoj: **28079130032016100464**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/11/2016**

Nº de Recurso: **1048/2016**

Nº de Resolución: **2505/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 208/2016,**
STS 5193/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 23 de noviembre de 2016

Esta Sala ha visto constituida la **sección tercera** por los magistrados al margen referenciados el recurso de casación número **1048/2016**, interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha 25 de enero de 2016 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 571/13 , sobre sanción de la CNC. Se ha personado como recurrido la Procuradora D^a. Sofia Maria Álvarez-Buylla Martínez en representación de la ASOCIACIÓN DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES VALENCIANOS (TRANSCONVAL).

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Isabel Perello Domenech

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 571/13, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por la mercantil ASOCIACIÓN DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES VALENCIANOS, contra resolución de 27 de septiembre de 2013 de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se impone a la recurrente la sanción de multa de 9.910.829 euros, como responsable de una infracción del art. 1 LDC y art. 101 TFJU (Expdte.S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA).

En la mencionada resolución de 27 de septiembre, se adoptaron los siguientes acuerdos:

«Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho QUINTO.

Segundo.- Declarar responsables de dicha infracción aTRANSCONVAL.

Tercero- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en los Fundamentos de Derecho OCTAVO Y NOVENO, imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas: (...)

- TRANSCONVAL, 9.910.829 € (nueve millones novecientos diez mil ochocientos veintinueve euros).

Cuarto.- Intimar a las partes declaradas responsables en el Resuelve SEGUNDO a que se abstengan en el futuro de conductas iguales o equivalentes.

Quinto.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución. »



SEGUNDO.- La mencionada Sala dictó sentencia de fecha 25 de enero de 2016 cuya parte dispositiva dice textualmente:

«QUE DEBEMOS ESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 571/2013 interpuesto por la "ASOCIACIÓN DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES VALENCIANOS" (TRANSCONVAL) y representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Sofía Álvarez Buylla, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de septiembre de 2013 que impuso a la recurrente una sanción de multa por importe de 9.910.829 euros, resolución que anulamos por su disconformidad a derecho.

No se efectúa un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia.»

TERCERO.- Contra la referida sentencia, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO preparó recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. La mencionada recurrente se personó en tiempo y forma y formuló el siguiente motivo de casación:

Único.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en relación con los artículos 12.3 y 38.1 del Reglamento de Defensa (Real Decreto 261/2008), así como a la jurisprudencia que se citará al desarrollar este motivo.

Y termina suplicando a la Sala estime el recurso de casación, casando y anulando la resolución recurrida, y en su lugar se dicte nueva sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, declarando que la Resolución de la CNC impugnada en la instancia, de 27 de septiembre de 2013 (expediente sancionador S/314/10 -Puerto de Valencia), se ajusta a Derecho.

CUARTO.- Admitido el recurso de casación se dió traslado para oposición, a lo que la mercantil ASOCIACIÓN DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES VALENCIANOS (TRANSCONVAL), en su escrito de 29 de agosto de 2016, tras las alegaciones que consideró oportunas, suplicó a la Sala se inadmita el recurso de casación, y subsidiariamente, en caso de no estimarse lo anterior, se dicte sentencia desestimatoria del recurso, por las causas que se dicen en los motivos segundo y tercero de este recurso.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el día 25 de octubre de 2016 en que ha tenido lugar, continuándose la deliberación los días 2 y 8 de noviembre, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por el Abogado del Estado recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2016, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la «Asociación de Transportistas de Contenedores Valencianos (TRANSCONVAL)» contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de septiembre de 2013 (expediente S/314/10, Puerto de Valencia).

La resolución de la CNC citada declaró acreditada la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101.1 del TFUE, consistente en que durante un largo periodo de tiempo, al menos desde 1998, una serie de operadores del Puerto de Valencia, con sus acciones han restringido la competencia efectiva en el mercado de transporte de contenedores por carretera procedentes o con destino a dicho puerto. Este conjunto de acciones se han dirigido a homogeneizar los precios del servicio, acordando aplicar los mismos precios de transporte por carretera y en otras prestaciones unidas al transporte e incluso de las indemnizaciones por paradas, así como la aplicación de forma coordinada de los incrementos del IPC o del gasóleo. Y para conseguirlo han establecido mecanismos de cierre de mercado para repartirse éste, restringiendo la oferta mediante la limitación de vehículos a los que se les permite entrar y prestar servicio en el puerto.

SEGUNDO .- La Sala de instancia estimó el recurso al apreciar la caducidad del expediente sancionador, y precisó al comienzo del sexto fundamento jurídico que en la cuestión de la caducidad suscitada en el recurso contencioso-administrativo «tenía una incidencia del todo relevante» el criterio de este Tribunal seguido en la sentencia de 15 de Junio de 2015 dictada en el recurso nº 3454/2013, que parcialmente transcribe y extrae una serie de conclusiones que entiende aplicables al supuesto enjuiciado. Así lo hizo la Sala de instancia expresando a lo largo de aquel fundamento jurídico, entre otras, las consideraciones en cuya virtud la aplicación del criterio de la reseñada sentencia de 15 de junio de 2013 al caso de autos determinaba la consecuencia de la caducidad del expediente sancionador toda vez que «cuando se notificó la resolución impugnada el procedimiento ya había caducado».

Los razonamientos de la sentencia impugnada son del siguiente tenor literal :



« En el caso ahora enjuiciado, si la fecha de incoación fue la de 14 de junio de 2011, el término del plazo inicial se produciría el 14 de diciembre de 2012.

La suma, a partir de esa fecha, de los días -296- en que el plazo estuvo válidamente suspendido prolongaría el plazo máximo de resolución del procedimiento hasta el día 6 de octubre de 2013.

Ahora bien, el Tribunal Supremo ha incluido en su sentencia de 15 de junio 2015 una consideración sobre los períodos de suspensión que pueden ser adicionados a ese plazo inicial que opera como referencia para la determinación del plazo máximo de duración del procedimiento, y así dice que " *el tiempo transcurrido entre el término inicial del plazo y aquel posterior al que se refiera la suspensión resulta irrelevante a los efectos de la caducidad*".

Supone entonces que las suspensiones acordadas a partir de ese día último del plazo inicial no pueden ser tomadas en consideración para determinar el plazo máximo de duración del procedimiento. Por si hubiera alguna duda, añade que " *Dicho en otras palabras, a los efectos de la caducidad del procedimiento, el único período en el que es posible que incida la suspensión es aquel que resta hasta alcanzar el término del plazo inicial, lo que determina que el tiempo que exceda de dicho momento carece de virtualidad y eficacia a los efectos aquí debatidos*".

Además, la sentencia incorpora explícitamente una justificación para sustentar esta interpretación cuando señala que " *Si se produce la suspensión del procedimiento sancionador durante un tiempo que excede del término del plazo inicial, ello no es óbice para que no deba respetarse para el cálculo del día final del plazo, aquel que está reglamentariamente establecido, puesto que de seguir la tesis sustentada en la sentencia, implicaría dejar a la Comisión, a través de las suspensiones, la ampliación de los plazos máximos de caducidad*".

En el supuesto que analizamos este criterio viene a significar que de los seis períodos en que el procedimiento estuvo suspendido, los tres primeros -que totalizan 175 días- transcurrieron antes del término del plazo inicial -como vimos, el 14 de diciembre de 2012-; pero los tres restantes tuvieron lugar después, pues el primero de estos tres, arranca del día 27 de marzo de 2013.

Por lo tanto, estos últimos no puede incorporarse como sumando en la adición a que se refiere el artículo 12.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia , de suerte que el plazo máximo de duración del procedimiento se extendería hasta el **7 de junio de 2013** , resultado de añadir al 14 de diciembre de 2012 los referidos 175 días, con la obligada consecuencia de que cuando se notificó la resolución impugnada el 2 de octubre de 2013, el procedimiento había ya caducado.

A esta conclusión no se oponen las alegaciones de la Abogacía del Estado a las que damos respuesta.

En primer lugar, tiene razón cuando distingue el diferente sistema de cómputo de los distintos periodos de suspensión en función del precepto a cuyo amparo se acuerdan, pues en el caso del art. 37.1.d) y c), el día del acuerdo de suspensión debe ser considerado como día suspendido (así lo prevé la letra f del art. 37) y el día de la notificación del requerimiento debe incluirse en el cómputo (art. 37.1.a).

Seguidamente aborda la Abogacía del Estado el problema de la incidencia que la STS de 15 de junio de 2015 rec. 3454/2013 presenta en cuanto al cómputo del plazo de caducidad. Sostiene que la sentencia de 15 de junio resuelve un problema muy concreto pues en el caso allí enjuiciado, se limitaba a corregir el criterio de la Sala de instancia que sumaba los días de suspensión no desde el día ad quem originario sino desde el levantamiento de la suspensión. Entiende que ese es el único alcance que cabe dar a esa sentencia y que, en modo alguno de la misma cabe entender que, transcurrido el dies ad quem no quepa acordar más suspensiones en el procedimiento porque esa cuestión no fue objeto de debate y no es eso lo que se deduce de su argumentación.

Sostiene la Abogacía del Estado que dicha sentencia confirma que " *el dies ad quem originario se convierte en dies a quo en cuanto a la suma de los días de suspensión pero de ahí no se concluye ni mucho menos que transcurrido dicho día no puedan acordarse más suspensiones cuando éstas sean legalmente procedentes*".

A su juicio, sostener que, transcurrido el dies ad quem originario ya no pueden acordarse más suspensiones pese a concurrir causa legal para ello, privaría a la Administración de una facultad que legalmente le corresponde. Ese criterio, además, dificulta a la Administración cumplir con la doctrina de la STS de 29 de enero de 2015 a la hora de tener en cuenta el volumen de operaciones del ejercicio anterior y no la media de los últimos ejercicios para calcular el importe de la sanción porque el requerimiento que hay que dirigir a la empresa, que es causa legal de suspensión, sería imposible de cumplir si se formula transcurrido el dies ad quem originario.

Considera, finalmente, que de la sentencia de 15 de junio de 2015 rec. 3454/2013 no se desprende que una vez ampliado el plazo a consecuencia de una suspensión procedente en derecho ese plazo no se amplié a todos los efectos y permita las nuevas suspensiones que puedan proceder. El art. 12.3 del Reglamento no distingue



en función de que el periodo de suspensión sea previo o posterior al día final del plazo originario por lo que si la ley no distingue no se debe distinguir.

Las alegaciones del Abogado del Estado no desvirtúan el razonamiento expuesto en torno a la apreciación de la caducidad del procedimiento, como ya anticipamos en nuestra sentencia de 2 de noviembre de 2015 rec. 339/2013 .

Es cierto, que la STS de 15 de junio de 2015 rec. 3454/2013 aborda dos cuestiones puntuales, el cómputo en días naturales y el cómputo desde el levantamiento de la suspensión prescindiendo del día final pero de ahí no puede extraerse la conclusión de que no sienta una doctrina puesto que aquel recurso versaba sobre la caducidad y, sobre el dies ad quem o final del cómputo, de ahí la insistencia final de la sentencia en que, una vez transcurridos los 18 meses de plazo las suspensiones acordadas a partir de esa fecha no pueden tomarse en consideración pues, en otro caso, dice, quedaría en manos de la Administración a través de las suspensiones, la ampliación de los plazos máximos de caducidad.

Esto es precisamente lo que se pretende impedir y lo que las alegaciones de la Abogacía del Estado no permiten rebatir pues aunque ésta sostiene que "la arbitrariedad se evita por la existencia de causas tasadas de suspensión que pueden ser analizadas y cuya falta de concurrencia permite no entender suspendido el procedimiento por el plazo de que se trate" esa medida no impide, al menos a priori, la posibilidad de alargar indefinidamente el plazo con sucesivas suspensiones frente a la interpretación del TS que cierra definitivamente la tentación de considerar aquellas suspensiones que se produzcan más allá del día final de los 18 meses. La sentencia del TS, dice "si se produce la suspensión del procedimiento sancionador durante un tiempo que excede del término inicial..." es decir, contempla una suspensión acordada dentro del plazo de los 18 meses pero que se prolonga más allá del día final y añade que "de seguir la tesis sustentada en la sentencia, implicaría dejar a la Comisión, a través de las suspensiones, la ampliación de los plazos máximos de caducidad" y es cierto que lo dice en relación al cómputo desde el levantamiento de la suspensión que tiene lugar fuera del día final, criterio que corrige pero, al mismo resultado se llega, entendemos, si se producen sucesivas suspensiones más allá del día final y se suman a éste, sin límite alguno.

No existe, por ello, la incongruencia que, a juicio de la Abogacía del Estado, supone la interpretación que mantenemos respecto de lo resuelto por la sentencia del TS porque ésta contempla el supuesto en el que la suspensión se produce dentro del término de los 18 meses que es lo mismo que resolvemos aquí, es decir, considerar únicamente las tres suspensiones que se produjeron dentro de dicho plazo desechando las tres restantes pues como dice aquella sentencia " a los efectos de la caducidad del procedimiento, el único periodo en el que es posible que incida la suspensión es aquel que resta hasta alcanzar el término del plazo inicial".

Dice también la Abogacía del Estado que el art. 12.3 del Reglamento no distingue en función de que el periodo de suspensión sea previo o posterior al día final del plazo originario por lo que si la ley no distingue no se debe distinguir. Es cierto que el precepto reglamentario no hace esa distinción pero el art. 37 de la Ley 15/2007 , a propósito de los supuestos de suspensión de plazos y ampliación de su cómputo dice:

"El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:"

Es decir, el acuerdo de suspensión solo se puede producir dentro del plazo legal de resolución, dieciocho meses desde su incoación porque no se puede suspender lo que, por imperativo legal, debería haber concluido mediante la resolución que finaliza el procedimiento y el propio art. 37.4 de la Ley, consciente de las dificultades que puede suponer la tramitación en plazo de un procedimiento de esta naturaleza prevé que "excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes. En el caso de acordarse la ampliación del plazo máximo, ésta no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento."

Como vemos, el legislador concilia la necesidad de facilitar las facultades investigadoras de la Comisión que pueden justificar, siempre que se motive adecuadamente y antes de que concluya, la ampliación del plazo de resolución, con la garantía que supone establecer un límite máximo al plazo de resolución que la tesis de la Abogada del Estado, de permitir sumar las sucesivas suspensiones que se produjeran después del plazo final haría desaparecer a pesar de que la ley impone un límite máximo.

Por esa razón, el hecho de que concurren causas legales que amparen la suspensión o que se dificulte la obligación de cumplir el requerimiento para el cálculo de la sanción a imponer no excluye la obligación de someterse al plazo final de los 18 meses que establece la ley como dies ad quem para dictar y notificar la resolución sancionadora. Nada impide a la Administración acogerse a las causas legales que permiten la suspensión del procedimiento pero sabiendo que la fecha límite al efecto es aquella en que se cumplen 18 meses desde la incoación, a partir de esa fecha, las que se acuerden no podrán tomarse en consideración



a efectos del cómputo del plazo de caducidad, única forma de conciliar la necesidad de suspender el procedimiento cuando ello proceda con el respeto a la finalidad que persigue la caducidad del procedimiento, garantía de que éste no se mantiene indefinidamente abierto en detrimento de la seguridad jurídica.»

De acuerdo con los anteriores razonamientos, la sentencia impugnada advirtió que en el supuesto analizado concurrieron seis períodos de suspensión del cómputo del plazo y de ellos los tres primeros transcurrieron antes del término del plazo inicial (el 14 de diciembre de 2012), pero los 3 periodos restantes tuvieron lugar con posterioridad a la indicada fecha de término del plazo inicial, por lo que consideró la sentencia impugnada que estos últimos periodos de suspensión no pueden añadirse al término del plazo inicial, como dispone la regla del artículo 12.3 del RDC, de suerte que el día final del plazo máximo de duración del procedimiento debe determinarse añadiendo al término del plazo inicial (el 14 de diciembre de 2012) únicamente los días naturales de los tres primeros períodos de suspensión (que fueron 175 días), y como consecuencia de esta forma de cómputo, el procedimiento sancionador había ya caducado cuando se notificó a la «Asociación de Transportistas de Contenedores Valencianos (TRANSCONVAL)» la resolución de la CNC, el 2 de octubre de 2013.

TERCERO .- En su único motivo de casación formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, el Abogado del Estado aduce que la sentencia recurrida infringe los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en relación con los artículos 12.3 y 38.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (aprobado por Real Decreto 261/2008), apelando al criterio mantenido en la sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 (RC. 3454/2013).

Antes de examinar las cuestiones que plantea el motivo único formulado por el Abogado del Estado, hemos de pronunciarnos sobre la causa de inadmisibilidad del recurso de casación invocada por «Asociación de Transportistas de Contenedores Valencianos (TRANSCONVAL)», que alega que el escrito de preparación del recurso ha incumplido el requisito, reiteradamente exigido por la jurisprudencia de esta Sala, de justificar y acreditar el interés casacional en la regulación vigente, y no poseer el suficiente contenido de generalidad.

La causa de inadmisibilidad no puede prosperar, de acuerdo con la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, reiterada en autos de 20 de febrero de 2011 (recurso 2927/2010), 12 de mayo de 2011 (recurso 281/2011), 16 de junio de 2011 (recursos 7046/2010 y 258/2011), 26 de enero de 2012 (recurso 3255/2011), 21 de febrero de 2013 (recurso 2902/2012), 6 de marzo de 2014 (recurso 244/2013), 15 de enero de 2015 (recurso 1338/2014), 3 de diciembre de 2015 (recurso 1799/2015) y 9 de junio de 2016 (recurso 107/2016), entre otros muchos, respecto de los requisitos que ha de cumplir el escrito de preparación del recurso de casación, que -en resumen- señalan que los dos primeros apartados del artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción deben ser interpretados de forma conjunta y armónica, de forma que el apartado segundo no es independiente del primero o alternativo al mismo, sino al contrario, se asienta en el apartado primero, que establece la regla general, aplicable a todos los casos y motivos casacionales, de que ha de anunciarse ya en la preparación el motivo del artículo 88.1 LJCA al que se acogerá el recurso de casación, y a dicha regla general el apartado segundo del indicado artículo 89 LJCA añade un requisito, para el caso específico que en él se contempla, de impugnaciones casacionales de sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, basadas en el motivo del apartado d), en las que ha de darse en el propio escrito de preparación un paso más, no sólo anunciando el motivo y las infracciones, sino además justificando, sucinta pero en todo caso suficientemente, la relevancia de la infracción del Derecho estatal o de la Unión Europea en que ese motivo pretende basarse en el fallo de la sentencia.

Los autos que antes hemos citado señalan, en lo que interesa a este recurso:

«d) Esta exigencia legal primaria del artículo 89.1, de necesaria y obligada anticipación o anuncio en el escrito de preparación de los motivos que se piensan esgrimir en la interposición, es aplicable tanto respecto de las sentencias y autos procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia como respecto de los dictados por la Audiencia Nacional, si bien, como antes dijimos y es jurisprudencia consolidada, la carga añadida del apartado segundo del mismo precepto sólo juega respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia.»

Aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales al presente caso, en el que se impugna una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, apreciamos que han quedado suficientemente cumplidas las exigencias legal y jurisprudencialmente establecidas para el escrito de preparación del recurso de casación.

Hemos de advertir que el Abogado del Estado ha sostenido en su escrito de interposición un único motivo de recurso, por el cauce del apartado d) del 88.1 LJCA, en el que denunció la infracción de los artículos 36, 37 y 38 de la LDC, en relación con los artículos 12.3 y 38.1 del RDC, por lo que hemos de limitar nuestro análisis al cumplimiento de los requisitos del escrito de preparación en relación con este único motivo, dejando de

lado el motivo anunciado pero no formalizado sobre la valoración arbitraria de la prueba con infracción de las reglas de la sana crítica.

En su escrito de preparación del recurso, el Abogado del Estado alegó, en lo que ahora interesa, que su recurso se fundamenta en el motivo del artículo 88.1.d) LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, y en concreto alega la infracción de los artículos 36, 37 y 38 de la LDC, en relación con los artículos 12 y 28.4 del RDC, así como la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2015, que interpreta erróneamente y otras sentencias que cita, por no excluir del cómputo del plazo del procedimiento el período de tiempo transcurrido durante su suspensión, a los efectos de determinar si se ha producido su caducidad.

Por tanto, en su escrito de preparación el Abogado del Estado anunció el motivo de casación del artículo 88.1 LJCA al que acogía su recurso, e identificó las normas jurídicas concretas y las sentencias de esta Sala que consideró infringidas, con una explicación sucinta de la infracción, que consistió en no excluir del cómputo del plazo del procedimiento, a efectos de caducidad, el tiempo durante el que estuvo suspendido.

De esta forma quedaron satisfechos los requisitos exigidos por el artículo 89.1 LJCA, pues como hemos indicado con anterioridad, y como señalan también los autos de la Sala de 19 de febrero de 2015 (recurso 3251/2014) y 23 de marzo de 2015 (recurso 3600/2014), tratándose de una sentencia de la Audiencia Nacional, la cita -en el escrito de preparación- del cauce procesal y de los preceptos o jurisprudencia que se tienen por infringidos, se viene considerando suficiente a efectos del válido cumplimiento de las exigencias procesales del referido apartado, debiéndose recordar que según jurisprudencia consolidada, la carga del juicio de relevancia que al recurrente impone el apartado 2º de dicho artículo 89 LJCA, como resulta de la remisión que en él se hace al artículo 86.4 de la misma Ley, sólo juega respecto a las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia. Procede, pues, por las razones antes expuestas, rechazar la causa de inadmisión invocada por la parte recurrida.

CUARTO.- En su único motivo de casación, el Abogado del Estado sostiene que la sentencia recurrida infringe los artículos 36, 37 y 38 LDC, en relación con los artículos 12.3 y 38.1 del RDC, pues con arreglo al criterio mantenido en la sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 (recurso 3454/2013), considera que no pueden computarse, a efectos de determinar el plazo máximo del procedimiento, tres de las seis suspensiones decretadas en el procedimiento administrativo, lo que lleva a la Sala de instancia a computar solo 175 de los 296 días de suspensión, porque tuvieron lugar antes del término del plazo inicial, el 14 de diciembre de 2012, pero no el resto, porque tuvieron lugar después de la citada fecha, con la consecuencia de que se habría producido la caducidad del expediente sancionador.

Añade el Abogado del Estado que la sentencia impugnada utiliza en apoyo de su tesis de no adicionar al término del plazo inicial los períodos de suspensión cuarto, quinto y sexto, que suman 121 días, la única razón de la existencia de una nueva doctrina jurisprudencial, establecida en la STS de 15 de junio de 2015, antes citada, si bien sostiene el Abogado del Estado que no existe, en realidad, una nueva doctrina del Tribunal Supremo en la repetida sentencia de 15 de junio de 2015, sino una interpretación errónea de la misma por la Sala de instancia.

Decíamos en nuestra precedente sentencia sobre esta misma cuestión que de la sentencia de esta Sala, de 15 de junio de 2015, no cabe extraer la doctrina propugnada por la Sala de instancia, que en síntesis consiste en que una vez alcanzado el *dies ad quem* originario ya no cabe acordar nuevas suspensiones, si se sitúa la fundamentación jurídica de la sentencia en su contexto, que trataba de un supuesto diferente del ahora examinado, en el que la Administración primero y la Sala de instancia después, además de excluir del cómputo los días inhábiles, entendieron que el día final del plazo debía determinarse sumando el tiempo de suspensión a partir de la fecha del acuerdo de alzamiento de la suspensión, forma de cómputo que resultó corregido por la indicada sentencia de este Tribunal de 15 de junio de 2015, que consideró que, de conformidad con el artículo 12.3 del RDC, debía adicionarse al término del plazo inicial los días naturales durante los que el plazo estuvo suspendido, de forma que el término inicialmente fijado como *dies ad quem* pasa a configurarse como *dies a quo* para el nuevo cómputo o recálculo del plazo máximo de resolución y notificación.

Cabe, por tanto, acoger el motivo único del recurso de casación del Abogado del Estado, dado que la Sala de la Audiencia Nacional, en la sentencia ahora impugnada, interpretó de forma errónea la doctrina plasmada en la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2013, sin tener en cuenta el contexto argumental en que se inserta, ni la totalidad de su fundamentación jurídica, interpretando de forma desconectada expresiones de un fundamento jurídico en el que se subrayaba la necesidad de aplicar el artículo 12.3 del RDC, en un supuesto diferente al contemplado en aquella ocasión alcanzando a partir de un párrafo aislado una conclusión que pierde todo su sentido y no es conforme a derecho.



QUINTO .- Al no haber interpretado correctamente la caducidad la sentencia deberá ser casada, lo que determina que esta Sala haya de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2 de la Ley Jurisdiccional).

Pues bien, al tratarse del mismo expediente sancionador número S/0314/10, tramitado contra distintas personas jurídicas, debemos estar al análisis de las fechas de caducidad realizado en nuestra Sentencia de 11 de noviembre de 2016, dictada en el recurso de casación 617/2016, en la que tras un examen pormenorizado de la tramitación del expediente, concluimos sobre la inexistencia de la caducidad, respecto a la que la parte formulo sus alegaciones en la instancia. Indicamos entonces:

En relación con los datos relevantes de cada período de suspensión, su respectiva duración fue la siguiente:

- Primer período de suspensión: del 20 de octubre al 28 de diciembre de 2011 (70 días).
- Segundo período de suspensión: del 3 de enero al 22 de marzo de 2012 (79 días).
- Tercer período de suspensión: del 4 de octubre al 29 de octubre de 2012 (26 días).
- Cuarto período de suspensión: del 28 de marzo al 27 de abril de 2013 (31 días).
- Quinto período de suspensión: del 30 de abril al 29 de junio de 2013 (60 días).
- Sexto período de suspensión: del 19 de julio al 17 de agosto de 2013 (30 días).

En consecuencia, considera la Sala que el plazo para resolver y notificar la resolución estuvo suspendido durante un total de 296 días.

A la vista de los reseñados períodos de suspensión, no queda sino proceder en la forma indicada por el artículo 12.3 del RDC para determinar el día final del plazo máximo del procedimiento, añadiendo al término del plazo inicial, como se ha dicho el 14 de diciembre de 2012, los 296 días naturales durante los que quedó suspendido el plazo, lo que sitúa el final del plazo máximo de 18 meses en una fecha posterior a la de la resolución de la CNC que puso término al expediente, de 27 de septiembre de 2013 y a su notificación a la parte recurrente el 2 de octubre de 2013. Todo lo anterior determina que no se produjo la caducidad del procedimiento sancionador.

SEXTO.- Entrando al examen de las cuestiones de fondo planteadas en la demanda aduce la sociedad recurrente no concurren los requisitos para considerar la conducta enjuiciada como infracción continuada, pues, en su opinión, se trata de acuerdos muy diferenciados, no existe identidad en el objeto de las reuniones, de las entidades que forman parte del acuerdo, ni es igual su grado de interés. De forma subsidiaria al anterior, plantea la parte que no concurren los elementos del tipo infractor, pues de la información obrante en el expediente no se desprende que las supuestas conductas anticompetitivas respondían a un plan conjunto ideado por los operadores del Puerto de Valencia, que en ningún momento TRANSCONVAL habría llevado a cabo la implementación de los acuerdos y que se estaría imputando a la recurrente unas conductas que no ha llevado a cabo. A lo anterior añade que se le están atribuyendo unos efectos restrictivos de la competencia que no han tenido lugar.

Las alegaciones no pueden ser acogidas, pues en la narración de hechos probados de la resolución sancionadora se detallan las actuaciones y conductas llevadas a cabo entre los años 2006 a 2011 por diversos operadores de la comunidad logística del Puerto de Valencia, entre ellos, asociaciones de transportistas, de navieros, de transitarios y consignatarios, los gestores de terminales portuarias y autoridades públicas, y por su participación en tales hechos, la resolución de la CNC declaró a la asociación recurrente, TRANSCONVAL autora de una infracción única y continuada del artículo 1.1 LDC, por llevar a cabo entre 2006 y abril de 2011 acciones o conductas distorsionadoras de la competencia, consistentes en la fijación de precios y otras condiciones de mercado.

En dicha narración de hechos probados, queda constancia de la participación de la asociación recurrente, junto con las otras asociaciones sancionadas, en la conducta tipificada como infracción por los artículos 1 de la Ley 15/2007 y de la Ley 16/1989, al participar en acuerdos y decisiones que tenían por objeto restringir y falsear la competencia, consistentes en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, en el ámbito del transporte de contenedores en el Puerto de Valencia.

Así, está acreditado, mediante los documentos del expediente que se citan en la resolución sancionadora, que la asociación recurrente participo en la reunión que tuvo lugar el día 31 de diciembre de 2006 para la revisión de precios (HP 40), su asistencia a la reunión para la limitación del número de vehículos (HP 82) con independencia de su posición. Figura igualmente como destinatario de las actualizaciones de las cuantías de las indemnizaciones (HP 69) y en las Mesas de Transporte, con la firma de acuerdos de 6 y 13 de febrero de 2008 (HP 87 y ss) siendo en esta última cuando se constituyó la Mesa del Transporte (Mesatrans) por asociaciones de transportistas ELTC, TRANSCONT y TRANSCOVAL. En fin, ésta última asociación asistió, a las



distintas reuniones que se reseñan en la resolución de la CNC (86 y ss), como la de la Mesa de 10 de junio de 2008 (hecho probado 88), 13 de junio de 2008 (90), y 5 de mayo de 2010 (99).

El 13 de mayo de 2010 la asociación ATEIA-OLTRA Valencia, junto con ANV, las asociaciones de transportistas ELTC, TRANSCONT y TRANSCOVAL y la Autoridad del Puerto de Valencia (APV) firmaron el documento "*Principios y Compromisos relativos a la normalización de la actividad en el transporte por carretera del Puerto de Valencia*", que recogía distintas condiciones básicas a las que podían remitirse los operadores en la contratación de los servicios de transporte como el precio del transporte, las condiciones de pago, la revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo (recargo por combustible), las paralizaciones, la subcontratación de autónomos, y otros criterios sobre contratación y comercialización de servicios de transporte. Además, a través de dicho documento, se estableció la "*Mesa de Vigilancia del cumplimiento de los acuerdos*" (HP 101 y 102).

En fin, la declaración de hechos probados de la resolución sancionadora no se sustenta en meras presunciones, sino en prueba de cargo suficiente sobre la participación de la recurrente en las conductas descritas, prueba que obra en el expediente sancionador, consistente en las actas de reuniones de las asociaciones de transportistas, el documento de 13 de mayo de 2010, sobre "*Principios y Compromisos relativos a la normalización de la actividad en el transporte por carretera del Puerto de Valencia*", firmado entre otras, por la asociación recurrente, TRANSCONVAL, correos electrónicos de las asociaciones implicadas y la abundante documentación obrante en el expediente.

En la forma que se ha indicado, TRANSCOVAL participó en reuniones con las asociaciones de transportistas de contenedores del Puerto de Valencia, y con otros operadores demandantes de los servicios de transporte (ANV), que tenían por objeto la unificación de las conductas, fijando los precios del transporte y otras condiciones comerciales, por lo que incurrió en una infracción del artículo 1 LDC .

La infracción continuada ha consistido en la adopción de acuerdos por competidores como las asociaciones de transportistas, y en dichos acuerdos participaron además los contratantes del transporte, representados por asociaciones como la recurrente y otras que son competidoras entre sí, homogeneizando de este modo su comportamiento.

Por consiguiente, coincidimos con la resolución sancionadora en la calificación de la conducta restrictiva de la competencia como una infracción continuada que exige una sanción unitaria, que en el caso de la asociación recurrente se ciñe al periodo temporal que transcurre desde el año 2006 hasta 2012, que es el considerado en la resolución sancionadora.

SÉPTIMO.- Tampoco pueden ser acogidas las críticas a la resolución impugnada por la valoración otorgada a la simple asistencia a reuniones sobre materias sensibles a la competencia, sin que haya prestado su consentimiento para alcanzar algún tipo de acuerdo, apreciación que obedece a la aplicación de un criterio reiterado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en sentencia de 7 de enero de 2014 (asunto C-204/00 y acumulados), con cita de otras anteriores, señala (apartado 81):

"Según una jurisprudencia reiterada, basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cartel. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas."

Añade la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que citamos (apartado 82), que "*La razón que subyace en este principio jurídico es que, al haber participado en la reunión sin distanciarse públicamente de su contenido, la empresa ha dado a entender a los demás participantes que suscribía su resultado y que se atendería a éste."*

En este caso es claro que la sociedad recurrente participó en las reuniones reseñadas, sin que las alegaciones referidas a intervención de uno u otro representante resulten relevantes, pues es lo cierto que actúan en nombre de TRANSCOVAL. Por otra parte, no existe prueba alguna respecto de la voluntad de la asociación recurrente de separarse o distanciarse públicamente de los acuerdos colusorios, pues las alegaciones sobre su oposición en ciertas materias o la falta de implementación de los acuerdos no desvirtúan de forma fehaciente los hechos probados a través de la abundante documental sobre la participación efectiva de TRANSCOVAL en las reuniones mencionadas y su acreditada participación que se describe en la resolución de la CNC.



OCTAVO.- Se argumenta también en la demanda deducida en la instancia que la conducta estaría amparada en lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y de igual modo, estaría amparada en el principio de confianza legítima.

Por lo que se refiere a la cita del artículo 4.1 LDC , aduce la parte recurrente que la exención legal opera, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, no solo sí la Ley obliga sin ningún género de duda a llevar a cabo la conducta, en este caso la LOTT y la LCTTM, sino «simplemente cuando la ley contempla la posibilidad de que dicha conducta tenga lugar». Cita lo dispuesto en los artículos 22 y 38 LCTTM y la doctrina de este Tribunal Supremo que destaca la aplicación del artículo 1 de la LDC .

Pues bien, no concurren los presupuestos para que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 4.1 LDC , que exige, por lo que aquí importa que las conductas claramente se encuentren amparadas en la norma invocada.

En la sentencia de 11 de noviembre de 2016, Recurso 617/2016 tratamos la alegación formulada en similares términos sobre la LOTT y razonamos entonces que ya el Preámbulo de la LOTT expresa el respeto al sistema de mercado y derecho de libertad de empresa, y la finalidad de que la empresa de transportes actúe en el mercado con el mayor grado de autonomía posible, admitiendo una graduación de intervencionismo administrativa según las circunstancias existentes en cada momento. Por lo que se refiere a los principios económicos y sociales que presiden la indicada norma legal, su Preámbulo señala que la LOTT, respetando en todo caso el sistema de mercado y el derecho de libertad de empresa, constitucionalmente reconocidos, tiende, en todo caso, a que la empresa de transportes actúe en el mercado con el mayor grado de autonomía posible, permitiendo, a la vez, una graduación de intervencionismo administrativo, según cuáles sean las circunstancias existentes en cada momento, y de conformidad con tales principios, el artículo 4.3 indica que *"los poderes públicos tenderán a evitar situaciones de competencia desleal, y protegerán el derecho de libre elección de usuario, y la libertad de gestión empresarial..."* , y el artículo 17.1 establece, en relación con el régimen económico-financiero de los servicios y actividades del transporte terrestre, que *"las empresas prestadoras de los servicios de transporte público a los que se refiere la presente Ley o de actividades auxiliares o complementarias del mismo, llevarán a cabo su explotación con plena autonomía económica, gestionándolos de acuerdo con las condiciones en su caso establecidas, a su riesgo y ventura..."*

El artículo 18 LOTT contempla la posibilidad de que la Administración de transportes establezca tarifas obligatorias o de referencia, en los supuestos que el propio precepto determina por razones de interés público, pero lo que en ningún caso autoriza la LOTT son los acuerdos de fijación de precios o de otras condiciones del servicio por los propios transportistas, mediante acuerdos de homogeneización de conductas como sucedió en el presente caso.

Tampoco los artículos 22 y 38 LCTTM que la parte invoca respaldan tal alegación. Singularmente el artículo 39 contempla la revisión de precios de transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo, normas que no sustentan el comportamiento desarrollado por la recurrente, que se ha descrito y que no guarda relación con el precepto invocado.

La legislación de transporte no ofrece duda sobre la falta de cobertura normativa de comportamientos como las descritas en los hechos probados de la resolución sancionadora, y desde la perspectiva de la LDC, es claro que se incluyen entre las conductas prohibidas del artículo 1 los acuerdos de fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

Por otra parte, la alegación de la confianza legítima tampoco puede ser acogida, reiterando nuestro criterio expuesto en la mencionada sentencia.

Como subrayamos en la Sentencia de 11 de noviembre de 2016, esta Sala ha insistido en numerosas ocasiones, entre ellas en sentencias de 21 de febrero de 2006 (recurso 5959/2001), 20 de junio de 2006 (recurso 9438/2003) y 17 de mayo de 2013 (recurso 441/2010), en que el principio de confianza legítima debe examinarse desde el casuismo de cada decisión, y en el examen de las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Y no existe similitud fáctica del presente supuesto con los examinados por esta Sala en las sentencias que se citan. En el caso presente no existe ninguna actuación administrativa relevante a tales efectos, pues si bien tuvo una intervención en los hechos la Autoridad del Puerto de Valencia, tal intervención fue considerada constitutiva de una infracción de la LDC en la resolución sancionadora. Por otra parte, no se cita ni se identifica por la sociedad recurrente ninguna concreta actuación de la Conselleria Valenciana que hubiera podido generar la creencia de que su actuación era correcta desde la perspectiva que nos ocupa. Lo mismo sucede con la invocación del Observatorio de costes del transporte de mercancías por carretera del Ministerio de Fomento y el suministro de cierta información que en modo alguno justifica ni fundamenta la creencia en la empresa recurrente de que proporcionar la información en la forma y con la finalidad descritas «se encontraba dentro de su objeto como asociación». En fin, ni las Ordenes Ministeriales citadas ni los Acuerdos a los que apela la parte pueden considerarse aptos o idóneos para generar o provocar la creencia



en la recurrente de estar ajustando su comportamiento a las exigencias derivadas de la normativa sobre competencia.

En conclusión, no concurren circunstancias que hagan aplicable el artículo 4.1 de la LDC, ni la confianza legítima como excluyente o atenuante de la responsabilidad, por la claridad de la norma infringida, que prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia mediante la fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

NOVENO.- El apartado séptimo de la demanda se sustenta en la alegación de que la sanción impuesta a la Asociación TRANSCONVAL es desproporcionada. En su desarrollo argumental realiza a su vez diferentes alegaciones, consistentes en que los hechos se iniciaron cuando estaba vigente la Ley 16/1989, que considera más favorable, que no se ha valorado correctamente la duración de la conducta sancionada -que como muy pronto debería computarse desde el 31 de octubre de 2006- y finalmente, que la CNC no ha realizado una correcta interpretación de los límites y cuantía de la multa impuesta.

1). La primera de dichas cuestiones plantea que al sancionar la resolución impugnada una infracción continuada, que se ha desarrollado bajo la vigencia de las Leyes de Defensa de la Competencia 16/1989 y 15/2007, resultaba aplicable la primera y no la segunda de las citadas normas, pues al tratarse de una asociación como la recurrente sin volumen o cifra de negocios o ventas, era más beneficiosa la LDC 16/1989 que en su artículo 10.1 establece un límite máximo de 901.518,16 € (150 millones de pesetas), que no está previsto en la LDC 15/2007, por lo que considera la parte que la resolución de la CNC, al aplicar la LDC 15/2007 incurrió en nulidad de pleno derecho por la infracción de los artículos 9.3 y 25 CE al aplicar de forma retroactiva una norma sancionadora no favorable (FD 2º, apartado I) o en nulidad relativa, por interpretación y aplicación incorrectas del artículo 63.1 de la LDC 15/2007.

Ya dijimos en la Sentencia de 11 de noviembre de 2016 que los argumentos de la parte recurrente respecto de la existencia de un límite máximo de 150 millones de pesetas (901.518,16 €) en la LDC 16/1989 para las infracciones de las asociaciones empresariales, no tienen amparo en el artículo 10.1 de dicho texto legal, que habilitaba al Tribunal de Defensa de la Competencia para la imposición a los agentes económicos, empresas, "asociaciones", uniones o agrupaciones de aquellas, que deliberadamente o por negligencia infrinjan los artículos de la ley que indica, *"multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 1000 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal"*, sin hacer el precepto ninguna excepción respecto de la inaplicación de dicho incremento a alguno de los sujetos que podían ser sancionados y que se citan al inicio del artículo.

El artículo 63 de la LDC 15/2007 establece como límite máximo de las sanciones que los órganos competentes pueden imponer a los agentes económicos, empresas y asociaciones *"el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior"*, luego no puede considerarse que se trate de una norma desfavorable por razón del importe máximo de las sanciones. Es cierto que el precepto indicado cita a la *"empresa infractora"* cuando fija los respectivos límites de las infracciones leves, graves y muy graves, pero en su inicio incluye también a las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, y a continuación de la fijación de los importes máximos de las sanciones deja claro que el indicado límite máximo opera también respecto de las asociaciones, al indicar que *"el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros."*

También la jurisprudencia de esta Sala es contraria a la tesis que defiende la parte recurrente.

Así, la sentencia de este Tribunal de 24 de octubre de 2006 (recurso 818/2004), estimó que opera el límite del 10 por ciento del volumen de ventas en relación con la multa impuesta a Mundosocial, que era una Agrupación de Interés Económico, figura asociativa regulada por la Ley 12/1991, de 29 de abril.

Asimismo este Tribunal ha resuelto, sin modificación de las cuantías de las sanciones, recursos de casación en los que diversas asociaciones fueron sancionadas por la CNC con multas por encima de la cifra de 901.518,16 € (150.000.000 de pesetas), como la sentencia de 8 de marzo de 2012 (recurso 3227/2009), que desestimó el recurso de la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), confirmando los criterios que mantuvo la Sala de instancia, que no había apreciado infracción del artículo 10 LDC 16/1989.

En el mismo sentido, las sentencias (dos) de esta Sala de 16 de febrero de 2015 (recursos 940/2012 y 4182/2012), en relación con dos asociaciones de empresas de transporte de contenedores que operaban en el Puerto de Barcelona (TRANSCONT y ALTC), si bien anulaban las sanciones impuestas por entender que la CNC había aplicado criterios distintos de los contemplados por el artículo 10 de la LDC 16/1989, señalaron en relación con dichas asociaciones de empresas que no hay duda alguna que el límite máximo de la sanción es el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio inmediato anterior a la resolución del Tribunal,

ordenando a la CNC que impusiera la multa en el porcentaje que resulte sobre el volumen de negocios de los asociados a las asociaciones recurrentes.

2) Aduce también la parte la falta de proporcionalidad de la sanción por no haber apreciado correctamente la duración de la conducta infractora que se remonta al año 2006. Afirma que no se puede aceptar que la conducta se inició en el año 2006, pues la primera reunión que se imputa a TRANSCONVAL es de fecha 31 de octubre de 2006, según la propia resolución de la CNC, a lo que añade que la asociación no se constituyó hasta el día 21 de diciembre de 2006. Pues bien, tampoco esta alegación puede prosperar pues, precisamente la resolución sancionadora toma en consideración las fechas concretas de la conducta de la parte recurrente que se describen en los hechos probados y la sanción se establece en función de la fecha en que se inició la conducta imputada a TRANSCONVAL, en Octubre del año 2006. Por consiguiente, no se aprecia la quiebra de la proporcionalidad toda vez que en la determinación de la sanción se toma en cuenta el factor temporal de la duración de la infracción al que se refiere la resolución sancionadora.

3) La demandante considera que concurren una serie de circunstancias que la CNC no ha tenido en cuenta en virtud del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas: (i) las conductas sancionadas no han sido computadas correctamente, (ii) algunas de las conductas no han sido efectivamente aplicadas y (iii) las graves consecuencias económicas que acarrearía esta sanción para TRANSCONVAL dado que se trata de una asociación sin actividad económica. Alegaciones que deben de decaer pues la CNC pondera en su resolución las específicas circunstancias concurrentes en cada uno de los sujetos infractores y la singular participación de cada una de ellas en los hechos, y en lo que se refiere a TRANSCONVAL examinar su particular participación en los hechos y sus circunstancias (también económicas) que se exponen de forma extensa y motivada en la resolución impugnada a los efectos de determinar la sanción correspondiente.

Por lo demás, añade que no se ha considerado el límite máximo del 10% del volumen de negocios, que en la tesis de la recurrente, no se refiere al volumen de negocios total del infractor sino del negocio afectado por la infracción, en este caso, el transporte terrestre de mercancías por carretera, con origen o destino en el Puerto de Valencia. Pues bien, sobre esta misma cuestión nos hemos pronunciado en diferentes sentencias, por todas las de 20 de enero de 2015 dictadas en los recursos de casación 1580/13 y 1746/14 y en otros pronunciamientos posteriores, en las que se reproducen las consideraciones expuestas en la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (casación 2872/13), cuyos fundamentos quinto a noveno tienen el siguiente contenido:

«La Sala de instancia se plantea el problema interpretativo de "determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora". Y, atendidos los criterios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y "ámbito de vulneración", concluye que "[...] el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción".

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

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

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



El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular *a priori* la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. A la "situación económica del culpable" se refieren asimismo los artículos 50 y 52 del Código Penal a los efectos de la imposición de las multas. Y en cuanto factor de cálculo es también utilizado en otros sectores del derecho administrativo sancionador, como es el caso de ciertas infracciones tributarias (aun cuando atemperado por unos topes máximos adicionales, por ejemplo en el artículo 203 de la Ley General Tributaria que sanciona determinados comportamientos de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria con "multa pecuniaria proporcional de hasta el dos por ciento de la cifra de negocios del sujeto infractor en el año natural anterior a aquél en que se produjo la infracción, con un mínimo de 10.000 euros y un máximo de 400.000 euros").

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

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

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

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

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

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



Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 .

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

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

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

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

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

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



Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.»

Finalmente, en la resolución impugnada se reconoce de forma expresa (FD 10º) que para el cálculo de la multa el Consejo ha aplicado la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de las infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea", y con arreglo a los criterios contenidos en la misma, ha tenido en cuenta, de acuerdo con el párrafo 10 de la Comunicación, el volumen de ventas obtenidas por el infractor durante el tiempo de la infracción, sobre el que aplicó el tipo correspondiente en función del conjunto de características y gravedad de la infracción, que puede llegar al 30% del indicado volumen de ventas, a fin de obtener el importe básico.

En la sentencia de esta Sala, de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) antes reseñada y en otras posteriores, nos hemos pronunciado sobre la no conformidad a derecho de la cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de la competencia, llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de la CNC, porque implica en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, que puede alcanzar un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. Como explica la STS a que nos hemos referido, el método propuesto por la Comunicación de la CNC "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", por lo que llegamos a la conclusión de que este método de cálculo "podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea ... pero no se aviene con la norma legal española."

Procede, por tanto, al igual que en los casos resueltos por la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 , y en otras posteriores en los que la CNC cuantificó el importe de las sanciones de acuerdo con los criterios de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, como las sentencias (dos) de 16 de febrero de 2015, antes referenciadas y de 1 de abril de 2016 (recurso 3691/2013), la estimación parcial del recurso contencioso administrativo en el extremo del cálculo del importe de la multa, al ser contrarios a derecho los criterios de cuantificación aplicados por la resolución impugnada de la CNC, atemperando esta declaración en el sentido siguiente:

A) Por un lado, el volumen de negocios total a considerar ha de ser, de acuerdo con el artículo 63 LDC , el del ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, en este caso por tanto el del ejercicio 2012.

B) Por otro lado, es improcedente el cálculo de la sanción efectuado con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, debiendo verificarse en el porcentaje debidamente motivado que resulte procedente de acuerdo con las circunstancias del caso, en sintonía con los criterios de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 , con la limitación de la *reformatio in peius*, sin que en ningún caso pueda resultar una sanción por importe superior al de la multa de 9.910.829 euros que ahora se anula.

En este caso, la resolución de la CNC ha apreciado que no todos los imputados merecen el mismo nivel de reproche en la ejecución de la infracción, como se razona en el octavo fundamento de la resolución sancionadora y así consideró que, frente a unas asociaciones que merecían el máximo reproche, la asociación recurrente no fue la impulsora de los acuerdos ni instigó la participación de otros operadores y su participación en la infracción es de menor intensidad, siendo acreedora de una sanción menor proporcionalmente, lo que tuvo reflejo en la resolución sancionadora, y ha de continuar teniéndolo en la nueva determinación de la cuantía de la multa, que en esta sentencia se ordena volver a calcular en sintonía con los criterios de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 .



DÉCIMO.- De conformidad con el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley de la Jurisdicción , no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del procedimiento de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **1.-** HA LUGAR al recurso de casación número **1048/2016** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia dictada con fecha 25 de enero de 2016 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 571/2013 , que anulamos. **2.-** ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo número 571/2013, interpuesto por la ASOCIACIÓN DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES VALENCIANOS (TRANSCONVAL), contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de septiembre de 2013 (expediente sancionador S/0314/2010 Puerto de Valencia), que anulamos únicamente en cuanto se refiere a la cuantía de la multa impuesta a la sociedad recurrente de 9.910.829 euros, ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de la Asociación TRANSCONVAL en el año 2012, y los términos expresados en esta sentencia, sin que en ningún caso pueda resultar una sanción por importe superior al de la multa que ahora se anula. **3.-** No efectuar pronunciamiento de las costas causadas en ninguna de las instancias.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la magistrada ponente, Excma. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.