

Roj: **STS 940/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:940**Id Cendoj: **28079130032016100088**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **04/03/2016**Nº de Recurso: **2010/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 1698/2013,**
STS 940/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala ha visto el recurso de casación nº **2010/2013** interpuesto PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS SL representada por la Procuradora D^a. Mercedes Caro Bonilla, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2013 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 685/2011 . Se ha personado en las actuaciones, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 25 de abril de 2013, en el recurso número 685/2011 , en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «PAS Infraestructuras y Servicios SL» (anteriormente Pavimentos Asfálticos Salamanca SL), contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente sancionador NUM000 , licitaciones de carreteras) en el que, entre otros pronunciamientos, se impone a la referida entidad una sanción de multa por importe de 2.136.225 euros como responsable de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

SEGUNDO.- Dictada sentencia de 25 de abril de 2013 por la Sala de la Audiencia Nacional , reproducimos la parte dispositiva:

<< (...) Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS S.L, contra el Acuerdo dictado el día 19 de diciembre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos. Con condena al pago de las costas a la parte recurrente. >>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de «PAS Infraestructuras y Servicios SL» preparó recurso de casación y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 4 de julio de 2013 en el que formula los cinco motivos de casación siguientes:

1.- Al amparo del art. 88.1.c) LJCA , por Infracción de las normas esenciales del juicio al impedir el pleno ejercicio del derecho a la defensa de PAS, creándole indefensión al no darle la Audiencia Nacional acceso a documentación que había sido declarada confidencial en sede administrativa por la CNC, con vulneración de los artículos 24.2 CE , y 48.2 LJCA y la jurisprudencia. ATS de 18 de enero de 2013 .



2.- Al amparo del art.88.1.d), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por considerar que la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 ,2 y 3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 TUE, hoy 101 y 102 TFUE no tiene naturaleza sancionadora, vulnerando así los artículos 25 CE, 128 LRJPAC , y 4.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

3.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por incurrir la sentencia en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por vulnerar, por incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad, los artículos 131.3 LRJPAC, y 63.1.c) y 64.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , así como de la jurisprudencia establecida, entre otras en SSTs de 8 de marzo de 2012 (RJ 2012/4768), y de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004/3251).

4.- Por el cauce del art. 88.1.d) LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por vulneración del artículo 64.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , al no apreciar adecuadamente la concurrencia de circunstancias atenuantes.

5.- Al amparo del art. 88.1.d) por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por vulnerar el principio de proporcionalidad al no tener en cuenta las circunstancias de la empresa a la hora de calcular el importe de la sanción, incumpliendo así el artículo 131.3 de la LRJPAC, así como la jurisprudencia establecida, entre otras, en la STS de 31 de enero de 1983 (RJ/1983/380).

Termina el escrito solicitando que con estimación del recurso de casación se case y anule la sentencia recurrida con todo lo demás que en derecho proceda, con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

CUARTO.- Admitido el recurso de casación, se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la representación de la Administración del Estado mediante escrito de 29 de diciembre de 2013 en el que el Abogado del Estado expone las razones de su oposición a los motivos de casación formulados y termina solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia impugnada, con imposición de costas a la parte recurrente .

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el 23 de febrero de 2016, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación **2010/2013** lo interpone la representación procesal de «PAS Infraestructuras y Servicios SL» (anteriormente Pavimentos Asfálticos Salamanca SL), contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2013 (recurso nº 685/2011) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida entidad contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente sancionador NUM000 , licitaciones de carreteras) en el que, entre otros pronunciamientos, se impone a «PAS Infraestructuras y Servicios SL» (anteriormente Pavimentos Asfálticos Salamanca SL), una multa por importe de 2.136.225 euros como responsable de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

En los fundamentos jurídicos de la sentencia de 25 de abril de 2013, la Audiencia Nacional reseña las razones para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad «Pas Infraestructuras y Servicios SL»:

<< (...) Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como recogidos por la misma y en lo que a la recurrente afecta, son los siguientes:

" 1.42. PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS S.L. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.) (PAS). Empresa salmantina que en 2008 facturó 58 millones de euros. Está especializada en la construcción de obra civil (autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y hospitales), la fabricación de productos derivados del cemento (10% de su facturación), fundamentalmente mortero en seco, y la conservación, mantenimiento, concesión y explotación de todo tipo de infraestructuras. El principal accionista es Gonzalo con el 99,8% del capital social.



(123) Archivos Excel de MISTURAS (folios 1.984 a 2.007). Durante la inspección en la sede de MISTURAS, en el ordenador de D. XXX, Jefe de Obras de la empresa, se localizó una carpeta nombrada "Subastas_Firmes" que dentro poseía tres tipos de documentos:

.... Asturias, vencedora PAS.

Extractos de las Cuentas por Cliente y por Proveedor de la Contabilidad de MISTURAS (folios 2.230 a 2.251) y EXTRACO (folios 2.569 a 2.590). Los extractos de clientes y proveedores de la contabilidad de MISTURAS se obtuvieron en parte durante la inspección de la sede de MISTURAS, y posteriormente se completaron tras un requerimiento de información de esta Dirección de Investigación de fecha 7 de junio de 2010 (folios 2.229 a 2.251). Por su parte, los extractos de cliente de la contabilidad de EXTRACO se obtuvieron en un requerimiento de información de esta Dirección de Investigación de fecha 7 de julio de 2010 (folios 2.568 a 2.590). En esta documentación contable por Cliente y por Proveedor se encuentran apuntes contables que coinciden con los Ingresos y Pagos de la tabla INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS de MISTURAS (folio 1.984). Concretamente:

- Cuenta de cliente PAS de la contabilidad de MISTURAS (folio 2.232). Se recoge un pago de PAS a MISTURAS por 478.305,09 euros que en la tabla INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS de MISTURAS (folio 1.984) corresponde a la suma del pago de PAS a EXTRACO por valor de 635.771,36 euros (folio 1.984, celda H20) por la licitación en Asturias, minorado por el pago de MISTURAS a PAS por valor de 157.466,28 euros (folio 1.984, celda L20) por la licitación en Cantabria.

128) Fotocopias de Pagarés emitidos por PAVASAL (folios 2.253 y 2.254), PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE SALAMANCA (PAS) (folio 2.255) y GEVORA CONSTRUCCIONES (folio 2.256) a MISTURAS. En su respuesta al requerimiento de información de esta Dirección de Investigación de fecha 7 de junio de 2010, MISTURAS aportó fotocopias de los siguientes pagarés emitidos por:

- PAVASAL (folios 2.253 y 2.254): Dos pagarés emitidos con fecha de 25 de agosto de 2009 y valor de 173.581,18 euros cada uno. Las fechas de vencimiento son 30 de noviembre de 2009 y 30 de abril de 2010. Sumando ambos pagarés se obtiene un pago total de PAVASAL a MISTURAS por valor de 347.162,36 euros.

- PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE SALAMANCA (PAS) (folio 2.255). Dos pagarés emitidos uno con fecha de 8 de enero de 2010, valor de 33.688,49 euros y vencimiento 25 de enero de 2010, y el otro con fecha de 30 de abril de 2010, valor 25.000 euros y vencimiento 25 de mayo de 2010. Sumando ambos pagarés se obtiene un pago total de PAS a MISTURAS por valor de 58.688,49 euros.

- GEVORA (folio 2.256): Un único pagaré emitido con fecha de 15 de julio de 2009, valor de 119.711,54 euros y vencimiento 20 de noviembre de 2009.

133) Reunión del 16 de diciembre de 2008, en lugar indeterminado (folio 1.111). Los documentos "Archivos Excel sobre siete licitaciones" de los folios 1.994 a 2.007 en su esquina superior derecha (celdas E7, F7 y G7) contienen el siguiente texto: "Fecha Reunión..... 16/12/2008". En esta reunión, que se desconoce dónde tuvo lugar, participaron las 34 empresas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111). Algunas de estas empresas estuvieron representadas por la misma persona, escribiendo cada participante en la reunión su nombre y su número de teléfono en el documento de PADECASA (folio 1.111). El objeto de esta reunión habría sido alcanzar un acuerdo sobre el vencedor y las oferta a presentar en cada una de las siete licitaciones públicas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111), también incluidas en el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984). Se trataría de licitaciones de obras en las siguientes provincias: o Alicante, o Albacete, o Ávila, o Cantabria, o Murcia, o Soria, o Valencia.

134) Como se refleja en el folio 1.111 las empresas participantes en esta reunión fueron:14. PAS.

Posteriormente varias partes han reconocido en sus alegaciones que la reunión fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA) (folio 5654, 8524).

En el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984), además de las siete licitaciones mencionadas en el punto anterior, se recogen seis licitaciones adicionales de obras ejecutadas en las siguientes provincias (y vías):

o Huelva. o Asturias (A-64). o Asturias o Redondela N-552) o León (N-630). o Cáceres (N-630).

Las empresas vencedoras de estas seis últimas licitaciones aparecerían en el archivo al lado de cada licitación (folio 1.984, celdas B16 a B32):

1. GEVORA



2. PAS

3. ECOASFALT

4. ASFALTOS LEÓN

5. OCA

PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS S.L. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.) ha participado en la reunión de 16 de diciembre de 2008 y en 9 licitaciones (32-A-4240 ALICANTE, 32-AB-4420 ALBACETE, 32-AV-2970 AVILA, 32-MU-5630 MURCIA, 32-S-5580 CANTABRIA, 32-SO-2940 SORIA, 32-V-5870 VALENCIA, 32-CC-3190 CÁCERES y 32-O-5360 ASTURIAS), habiendo resultado vencedor en la de Asturias.

PAS manifiesta su conformidad con el relato de los hechos contenido en el PCH y en la PR y, en particular, con las infracciones identificadas, así como con su calificación jurídica como cártel, al mismo tiempo que reconoce su participación en dicha infracción.

PAS debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las 9 licitaciones señaladas convocadas por el Ministerio de Fomento.

[...] La conducta por la que se sanciona a la ahora recurrente, que la CNC entiende tipificada en el art. 1 de la Ley 15/2007 es la participación en la organización de un mecanismo para acordar ofertas en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas. Este mecanismo de coordinación operaba en licitaciones organizadas en base al procedimiento restringido; entre las empresas invitadas a presentar oferta económica se producían contactos y reuniones, que tenían por objeto analizar, para una o varias licitaciones, las ofertas que las empresas invitadas a cada una de ellas tenían previsto presentar en condiciones competitivas.

Conocidas las bajas competitivas y la empresa que habría resultado vencedora sin acuerdo, se mantiene a la misma pero se acuerda una nueva baja para el vencedor mucho más reducida que la que habría ofertado en condiciones de competencia. El resto de empresas realizarían ofertas con bajas inferiores a la acordada para la vencedora. No se ha establecido si existe algún método sistemático para calcular la nueva baja a ofertar por la empresa adjudicataria, pero en todos los casos sería más reducida que las bajas competitivas recogidas en los documentos manuscritos de las reuniones.

La Sala considera que si bien las distintas pruebas aisladamente consideradas pudieran no acreditar por si solas e individualmente la conducta prohibida, su conjunto deja claramente probados los hechos que, en relación con la empresa actora, son declarados por la CNC.

En este caso la empresa recurrente ha reconocido expresamente su conformidad con los hechos imputados, lo que ha sido tenido en cuenta por la CNC como circunstancia atenuante para la determinación del importe de la sanción de multa.

[...] Se alega en primer lugar la infracción del derecho fundamental a la defensa por la Audiencia Nacional en este procedimiento. Y ello porque la Sala le habría impedido ejercitar plenamente el derecho de defensa por no darle acceso a documentación que siendo esencial para su defensa la Sala considera confidencial. Se refiere a la documentación declarada confidencial por la CNC durante la tramitación del expediente.

La actora presentó escrito el día 24 de febrero de 2012 en el que hacía constar que dado que el art. 48.4 de la ley jurisdiccional establece que el expediente se enviará completo, la entrega del mismo incompleto es contraria a la ley, y que necesitaba la documentación confidencial para articular su defensa.

La Sala dictó auto el día 23 de mayo de 2012 en el que desestimó esta pretensión actora, con fundamento en la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente la recogida en el auto de 5 de octubre de 2006. Señalaba igualmente que no cuenta la Sala, en el momento procesal en que tiene lugar la entrega a la recurrente del expediente administrativo, con elementos de juicio que le permitan valorar debidamente la trascendencia de la documentación confidencial para la defensa de los intereses de la parte actora.

En periodo probatorio, se solicitó nuevamente por la actora la remisión de los documentos declarados confidenciales, lo que fue negado por la Sala, recurriendo la actora dicha denegación con base en que "el acceso a los documentos confidenciales es esencial para el pleno ejercicio del derecho de defensa por parte de PAS".

La Sala en el auto de 18 de enero de 2013 explicó que de los 22 CDs que componen la parte confidencial del expediente, 20 corresponden a la documentación aportada por las empresas investigadas, teniendo en cuenta que fueron investigadas 52 empresas y sancionadas 46 empresas, la mayoría de las cuales aportó datos de



su negocio que no debían ser conocidos por sus directos competidores, uno de cuyos CDs correspondía a la ahora recurrente.

Igualmente se explica en el auto el contenido de los otros dos CDs y por qué se entiende debe mantenerse la confidencialidad de la documentación correspondiente:

"La Sala considera que las razones entonces alegadas y tenidas en cuenta por la Administración, y plenamente compartidas por la hoy recurrente, justifican el mantenimiento de la confidencialidad de ese conjunto de información reunido en los citados soportes.

En los otros dos CD, aparece información confidencial para todas las empresas: en el primero se contiene la versión de la resolución impugnada con los datos de facturación de las empresas considerados confidenciales y no hechos públicos.

En el segundo, se incluye información confidencial para la mayoría de las empresas excepto, entre otras, la recurrente, conteniendo las respectivas contestaciones a la Propuesta de la Dirección de Investigación. Y la razón por la que fue declarada la confidencialidad no se encuentra en los escritos de las empresas sino en la documentación adjunta a los mismos, que como ocurre en el caso de la recurrente recoge, entre otros datos, sus estimaciones de costes, elementos a utilizar en las obras, etc. Al igual que expuso la ahora actora en su escrito, al señalar que "la facturación de los ejercicios 2008 y 2009 correspondiente al sector de las licitaciones públicas es información comercial sensible, no accesible para terceros y que en consecuencia debe ser considerada confidencial en el expediente" las otras empresas cuyos datos obran en este CD solicitaron la confidencialidad de tales datos.

La Sala no aprecia que tal declaración de confidencialidad deba levantarse ahora, ni por qué el conocimiento de tales datos, que no fue estimado relevante a lo largo de la tramitación del expediente administrativo, es susceptible de afectar al derecho de defensa de la recurrente."

En el escrito de conclusiones de la parte actora, no se realiza alegación alguna al respecto.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo en su auto de fecha 15 de febrero de 2007 recordaba en relación con la cuestión que suscita la actora:

"la parte recurrente no ha acreditado en términos concretos la necesidad ineludible de conocer los datos que aparecen en el documento controvertido para el correcto ejercicio de su derecho de defensa en el presente proceso. No queda justificado, por tanto, que el citado documento declarado confidencial en el procedimiento administrativo deba perder ahora tal carácter, con el sólo fundamento de la genérica apelación al derecho de defensa o a la utilidad del mismo para el ejercicio de dicho derecho.

Por otra parte, esta Sala ha entendido en muchos otros casos precedentes que los datos comerciales de las partes que no sean públicos tienen, en general, carácter reservado, en la medida en que su conocimiento por parte de posibles competidores pueden ocasionar perjuicios de difícil previsión anticipada. Por ello y salvo que quede claro que el conocimiento de documentos de esa naturaleza sea imprescindible para el adecuado ejercicio del derecho de defensa de una parte procesal, las informaciones comerciales no públicas o no puestas en conocimiento voluntario por la parte a la que pertenecen deben conservar en el proceso judicial, en principio, el carácter reservado que les haya otorgado en el procedimiento administrativo el órgano administrativo competente."

En este caso la actora no ha efectuado alegaciones que permitan a esta Sala concluir que los referidos documentos confidenciales sean de imprescindible conocimiento para articular su defensa, por lo que debe desestimarse este motivo de recurso.

[...] Se alega que ha tenido lugar una aplicación retroactiva de la comunicación sobre la cuantificación de sanciones que conduce a resultados injustos. Igualmente, que no se ha tenido en cuenta debidamente el art. 10 Ley 15/2007 resultando ambas alegaciones en la infracción del principio de proporcionalidad.

La CNC en la resolución impugnada parte de la base de la gravedad de las conductas sancionadas, y recuerda que según el artículo 63.1. letra c) pueden ser multadas las empresas responsables de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la ley 15/2007 "con 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".

La CNC ha optado por establecer un importe básico, que es "una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción." Sobre el que se aplicarán los criterios que recoge el artículo 64, y en concreto, en las letras a) a e) es decir, "a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El

efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos".

Con este fundamento, la Administración considera que la actuación ilícita afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), y se parte solo del volumen de negocios correspondiente a las licitaciones de mejora, refuerzo y rehabilitación de firmes y plataformas. La resolución dice literalmente que *"Se trata siempre de obras que tienen que ver con la mejora y conservación del estado del firme, no a contratos de servicios. Es a ello obviamente a lo que la Dirección de Investigación se refería y lo que debe considerarse a efectos del volumen de ventas afectado, de la misma forma que algunas de las partes hablan también en sus escritos de obras de conservación."*

La dimensión del mercado es nacional: como señala la CNC, las empresas se presentan a licitaciones de obras a ejecutar por todo el territorio nacional. Incluso cuando la Administración que convoca es autonómica pueden presentarse empresas de cualquier parte del territorio. La Sala comparte la consideración de que *"Las empresas que cuentan con los medios técnicos y económicos pueden concurrir independientemente de quien sea la autoridad que convoque. Esta sustituibilidad entre licitaciones desde el lado de la oferta lleva necesariamente a definir un único mercado para todas."*

El criterio rector utilizado por el art. 10 de la Ley 16/1989 es *"el volumen de ventas"* mientras que en art. 63 de la ley 15/2007 el criterio es el *"volumen de negocios total"*.

El criterio que la CNC ha elegido para determinar la proporcionalidad inicialmente, es correcto, pues tiene en consideración el alcance de la participación de la empresa en la infracción, por entender que no pueden ser sancionadas de igual forma, siempre sobre la base del volumen de negocios afectado, empresas que tuvieron una implicación mínima que las que tuvieron una implicación máxima. En este caso, es muy alta porque PAS participó en 9 de las 14 licitaciones.

En relación con la aplicación de la Comunicación de la CNC sobre el cálculo del importe de las multas al analizar los efectos se señala que *"Se ha acreditado que en estas licitaciones los acuerdos colusorios desplegaron sus efectos y las bajas se vieron alteradas en beneficio de las empresas y en detrimento del presupuesto público. Obviamente ha existido un beneficio ilícito procedente de esta conducta cuyo reparto a ciencia cierta no se conoce con detalle para las 14 licitaciones."*

La comparación de estos razonamientos con las previsiones legales, tanto de la Ley de 1989 como de la del año 2007 revela que son conformes a derecho, pues ambos textos contemplan que para determinar el importe de las sanciones:

1- La Ley 16/1989: la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia, y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

2- La Ley 15/2007: la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance de la infracción, la duración de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

En consecuencia, las consideraciones que se realicen con fundamento en las previsiones legales, aunque estén recogidas en la Comunicación no pueden entenderse realizadas en aplicación de la misma, sino en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

Continuando con el tratamiento de esta cuestión la CNC considera que el mayor coste de una licitación pública supone un mayor cargo presupuestario, con la consiguiente afectación de todos aquellos que contribuyen al sostenimiento de las cargas públicas. Y añade:

"Merece la máxima reprobación las conductas de quienes están dispuestos a realizar bajas cercanas al 30% y se ponen de acuerdo para realizarlas del orden del 3%, dividiéndose entre los participantes ese ilícito beneficio, que no se puede ocultar resulta paralelo al perjuicio que a la Administración que convoca el concurso, y en definitiva al conjunto de los ciudadanos, ocasiona."

La CNC ha razonado que *"La infracción es muy grave y ha tenido efectos que han sido constatados. Como muchas de las partes alegan, es cierto que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el coeficiente de sanción. Pero también es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en que ha participado cada empresa. Por ello, se considera*



adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%."

Se parte del volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en 2008 y 2009 que cada empresa ha aportado en respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación de 21 de septiembre de 2010 y, en su caso, al requerimiento realizado por el Consejo de a CNC mediante Acuerdo de 19 de julio de 2011. Se ha minorado en el importe de las obras de construcción cuando la empresa afectada justificó que el volumen de negocios en su día remitido incluía tales cifras, o que se incluían cifras de contratos de servicios de conservación.

En resumen, no se considera que la sanción de multa impuesta a la recurrente sea desproporcionada.

[...] La actora considera que la colaboración activa y efectiva ofrecida por PAS durante la tramitación del expediente merece la aplicación de una reducción en el importe de la multa superior a la que le ha sido reconocida.

El Tribunal General en su sentencia de 28 de abril de 2010 en relación con la cooperación de una empresa con la autoridad de competencia, y la apreciación de dicha cooperación como circunstancia atenuante, señaló lo siguiente:

1-. Valora el contenido de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación.

2-. En esta Comunicación se reconoce la procedencia de reducir del 10 al 50% el importe de la multa que se le habría impuesto a la empresa a falta de cooperación cuando "antes del envío del pliego de cargos una empresa facilite a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción", y cuando "tras recibir el pliego de cargos, una empresa informe a la Comisión de que no pone en duda la veracidad de los hechos sobre los que la Comisión funda sus acusaciones."

3-. En aquel caso la Comisión reconoció la cooperación porque "BST aportó a la Comisión elementos de prueba que le ayudaron considerablemente a demostrar las infracciones y le permitieron probarlas más fácilmente. También se cita a BTS en el pliego de cargos como una fuente importante para las conclusiones fácticas alcanzadas por la Comisión" igualmente porque, "tras recibir el pliego de cargos, la demandante le informó de que no negaba la materialidad de los hechos en los que basó sus acusaciones".

4-. La autoridad de defensa de la competencia dispone de una amplia facultad de apreciación a la hora de valorar la relevancia y utilidad de la cooperación prestada por una empresa, en especial en comparación con las contribuciones de otras empresas (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2007, SGL Carbón/Comisión, C-328/05 P, Rec. p. I-3921, apartado 88).

5-. El Tribunal considera que la Comisión realizó una apreciación errónea de la cooperación, y que debe en consecuencia fijarse un tipo de reducción apropiado.

Esta Sala está autorizada por el ordenamiento jurídico, como lo está el Tribunal General en virtud del artículo 31 del Reglamento 1/2003, para, actuando con competencia jurisdiccional plena, suprimir o reducir la multa impuesta por la CNC. El examen de las actuaciones pone de relieve que el inicio de la información se produjo el 7 de octubre de 2009, las Inspecciones el día 15 de octubre de 2009, la incoación del expediente sancionador el 17 de diciembre de 2009.

La empresa corrobora los hechos que han sido acreditados mediante un conjunto de pruebas documentales: como señala la propia CNC "Pero es que, además, el testimonio de varias empresas imputadas corrobora los hechos y, en algunos casos, el mecanismo de funcionamiento descrito por la Dirección de Investigación (HP 9). En contra de estos testimonios varias partes han alegado que presentan ciertas incoherencia entre sí y que, en todo caso, la confesión no tiene valor probatorio absoluto, ha de ser confirmada y puede ser desvirtuada.

El Consejo, como no puede ser de otra manera, no cuestiona este principio. Lo que sucede es que en el presente caso no estamos ante una confesión a la que se le quiera dar un valor probatorio absoluto y no haya sido confirmada. Lejos de ello, la Dirección de Investigación, a partir del testimonio de un denunciante ha efectuado las precisas investigaciones que le han llevado a reunir unos elementos de prueba de diversas fuentes, concordantes entre sí, que le han llevado a establecer la existencia de infracción sobre tales hechos probados. Los testimonios a los que se hace referencia vienen a refrendar esta evidencia y las conclusiones de la Dirección de Investigación.

PAS, participante en 9 licitaciones (las siete relativas a la reunión de 12 de diciembre de 2008, ASTURIAS y CACERES), manifiesta su conformidad con el relato de los hechos contenido en el PCH y en la PR y, en particular, con las infracciones identificadas, así como con su calificación jurídica como cártel, al mismo tiempo que reconoce su participación en dicha infracción. "

En estas circunstancias no se aprecia que la alegada colaboración de la actora haya sido apreciada en forma desproporcionada por la CNC.

En cuanto a la alegada adopción de iniciativas concretas para que las actuaciones por las que es sancionada no vuelvan a repetirse, no se aprecia que las mismas tuvieran los supuestos efectos de *"mitigación de los daños que el cártel pudo producir y se evitó la comisión de nuevas infracciones"* por lo que igualmente debe concluirse que la CNC actuó de conformidad a derecho cuando no consideró la pretendida circunstancia atenuante.

La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general.

En la decisión de la Comisión Europea de 23 de junio de 2010 asunto COMP/39092 se analizó el problema que suscita la recurrente desde el punto de vista de la llamada *"incapacidad contributiva"* en los siguientes términos:

"(17) Diez empresas alegaron su incapacidad contributiva al amparo del apartado 35 de las Directrices sobre Multas de 2006. La Comisión examinó dichas alegaciones y analizó cuidadosamente la situación financiera de dichas empresas y el contexto económico y social particular.

(18) A la hora de evaluar la situación financiera de la empresa, la Comisión examinó las declaraciones financieras recientes y actuales de la empresa, así como sus proyecciones para ejercicios venideros. La Comisión consideró una serie de coeficientes financieros que medían la solidez, rentabilidad, solvencia y liquidez de las empresas, así como su situación de capital y flujo de tesorería. Además, la Comisión tuvo en cuenta las relaciones con los socios financieros exteriores, tales como los bancos y los accionistas. El análisis también tuvo en cuenta los planes de reestructuración.

(19) La Comisión evaluó el contexto económico y social particular de cada empresa cuya situación financiera se constató que era suficientemente crítica. En este contexto, se tuvo en cuenta el impacto de la crisis económica y financiera mundial en el sector de los productos para el cuarto de baño. La Comisión también llegó a la conclusión, válida para las cinco empresas afectadas, de que la multa causaría una pérdida significativa de valor de sus activos.

(20) Como resultado del análisis de la Comisión, las multas de tres empresas se redujeron en un 50 % y las de otras dos, en un 25 %, dada su difícil situación financiera."

Como ya ha manifestado esta Sala en anteriores sentencias relativas a la misma resolución de la CNC, la actora al menos debía haber acreditado la incapacidad para hacer frente al pago de la multa sin poner en riesgo la viabilidad de la empresa, y unas previsiones sobre la evolución del negocio que permitiesen a esta Sala valorar con cierta precisión las circunstancias derivadas del pago de la multa.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso.

[...] La reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su disposición final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación. Por lo tanto entró en vigor el día 31 de octubre de 2011 y quedó redactado como sigue:

"art. 139.1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho."

En consecuencia, y habiéndose interpuesto este recurso el día 20 de diciembre de 2011 procede la condena en costas a la actora que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.>>.

SEGUNDO.- En el recurso de casación formulado por la entidad mercantil recurrente, se plantean cinco motivos de casación. El primero de ellos al amparo del art. 88.1.c) LJCA , por infracción de las normas esenciales del juicio al impedir el pleno ejercicio del derecho a la defensa de «PAS Infraestructuras y Servicios SL», creándole indefensión al no darle la Audiencia Nacional acceso a documentación declarada confidencial en sede administrativa por la Comisión Nacional de la Competencia, con vulneración de los artículos 24.2 CE , y 48.2 LJCA y la jurisprudencia, con cita del ATS de 18 de enero de 2013 .

Los otros cuatro motivos de casación articulados por el cauce del apartado d), del mencionado artículo 88.1 LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

El segundo motivo, por considerar que la Comunicación sobre la Cuantificación de las Sanciones adoptadas por la Comisión el 6 de febrero de 2009 derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007 de



Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 TUE, hoy 101 y 102 TFUE no tiene naturaleza sancionadora, vulnerando así los artículos 25 CE, 128 LRJPAC, y 4.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y acarrea consecuencias negativas al generar un incremento de las sanciones.

El tercer motivo de casación, denuncia la incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad y cita como infringidos los artículos 131.3 LRJPAC, y 63.1.c) y 64.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como de la jurisprudencia establecida, entre otras en SSTs de 8 de marzo de 2012 (RJ 2012/4768), y de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004/3251).

En el cuarto motivo, se denuncia la vulneración del artículo 64.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, al no apreciar la Sala de instancia adecuadamente la concurrencia de circunstancias atenuantes.

Y en el último de los motivos de casación, se aduce la infracción del principio de proporcionalidad al no tener en cuenta las circunstancias de la empresa a la hora de calcular el importe de la sanción, incumpliendo así el artículo 131.3 de la LRJPAC, así como la jurisprudencia establecida, entre otras, en la STS de 31 de enero de 1983 (RJ/1983/380).

TERCERO. - Abordando en primer lugar el motivo de casación que se formula al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en el motivo se alega la infracción de las normas esenciales del juicio (se citan como vulnerados los artículos 24.2 CE, y 48.2 LJCA) aduciendo la sociedad recurrente que se le ha impedido el pleno ejercicio del derecho a la defensa, creándole indefensión al no haber podido acceder a la documentación declarada confidencial.

A la hora de resolver el posible conflicto entre los derechos de las partes procesales a articular su defensa con plenitud de medios y sin limitaciones indebidas, por un lado, y la protección dispensada por el Ordenamiento Jurídico a la información comercial confidencial, por otro, se impone una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Esta ponderación, necesariamente casuística, entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado.

Así pues, es carga de la parte que reclama la entrega de la documentación comercial confidencial argumentar que el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama.

De manera que no puede considerarse motivación suficiente a efectos del levantamiento de la confidencialidad la mera alegación, huérfana de mayores consideraciones, de que el documento concernido figura en el expediente y fue valorado por la Administración autora del acto ni es motivación suficiente la afirmación escueta de que ese documento resulta necesario para la articulación de la demanda, como tampoco puede justificarse tal pretensión en alegaciones genéricas de carácter preventivo por las que se pretenda examinar globalmente determinados documentos únicamente para cerciorarse de su interés o intrascendencia.

En el caso examinado, la Sala de instancia ha valorado de forma razonada la necesidad de confidencialidad de los documentos referidos, y lo hace argumentando de forma suficiente el contenido de la documentación en relación con las pretensiones ventiladas en el proceso, concluyendo sobre la necesidad de preservar la información comercial como confidencial. Frente a las razones expuestas por la Sala, la mercantil recurrente se limita a apelar la supuesta indefensión generada por no haber podido acceder al material declarado confidencial sin exponer, cómo le incumbe y en los términos expuestos la indefensión material producida por dicha limitación. Y es que, en efecto, atendiendo a las circunstancias singulares concurrentes y en particular, al expreso reconocimiento de la recurrente de los hechos imputados y su participación, que da lugar a la atenuación de la sanción, no se expone de forma adecuada ni convincente en que medida el acceso a los documentos confidenciales ha podido generar indefensión de carácter material a la parte, teniendo en cuenta que admite en su totalidad los hechos en la forma que se definen en la resolución impugnada.

De manera que la queja que versa sobre la confidencialidad tiene una naturaleza meramente formal y no material, dada la aceptación plena de la responsabilidad sin que pueda conocerse qué datos nuevos o elementos de juicio relevantes hubieran podido aportar la información correspondiente a otras empresas considerada confidencial en la defensa de la recurrente, cuando ya desde la fase inicial admite sin discusión los

hechos que se le imputan y su participación en el cártel, siendo las alegaciones aducidas sobre su Influencia en la cuantía meramente retóricas. Razones que determinan la desestimación del motivo.

CUARTO.- Examinaremos conjuntamente los motivos de casación segundo a quinto, referidos todos ellos a la cuantificación de la sanción impuesta, aunque lo haremos alterando el orden en que aparecen formulados.

Así, en el en el motivo segundo motivo de casación, se cuestiona la aplicación al caso de los criterios de la Comunicación sobre la Cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 TUE, hoy 101 y 102 TFUE alegando que comunicación no tiene naturaleza sancionadora, vulnera los artículos 25 CE, 128 LRJPAC , y 4.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y supone la aplicación retroactiva de dichos criterios que la Sala de instancia justifica en su sentencia.

En el motivo tercero se alega la infracción de los artículos 63.1 y 64.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y la jurisprudencia de esta Sala Tercera, con cita de las SSTs de 8 de marzo de 2012 y 24 de mayo de 2004 . Se aduce en el desarrollo argumental del motivo que la sanción resulta desproporcionada desde la perspectiva del artículo 131 LJCA pues se ha aplicado la comunicación de manera mecánica, no se han individualizado las circunstancias del caso, y no se adecua al alcance de la infracción ni al grado de participación de la sociedad recurrente PAS en los hechos, la cuota del mercado, a la gravedad de del presunto hecho constitutivo de infracción, los efectos ocasionados, ni se respeta el límite máximo previsto en el artículo 63.1 de la LDC .

En concreto, aduce que la desproporción resulta de la aplicación de la Comunicación de manera mecánica de no aplicar los criterios del artículo 64.1 de la Ley de la Competencia sobre el alcance o duración de la infracción y el limitado grado de su participación en los hechos y al no existir correspondencia entre la trascendencia y la gravedad de la acción sancionable y la sanción en sí misma. Finalmente, por no respetar el límite previsto en el artículo 63.1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

En el cuarto motivo se invoca la infracción del artículo 64.3 de la Ley de Defensa de la Competencia , al no haberse aplicado a la recurrente la reducción de la sanción mayor por la colaboración activa y efectiva, ofrecida por la recurrente a la Comisión durante la tramitación del expediente, que solo se aplicó por el reconocimiento de los hechos con la reducción de la sanción en un 15%, que la recurrente dadas las circunstancias concretas del caso, considera es desproporcionadamente baja, así como discriminatoria con respecto a otras empresas sancionadas cuya colaboración fue mucho más discreta y que también han recibido una reducción en la misma proporción. A lo que añade que debió de aplicarse una circunstancia atenuante adicional pues tomo iniciativas para que conductas como las sancionadas no pudieran volver a repetirse y a mitigar los efectos del cartel tan pronto como se inició el expediente sancionador, sin esperar a su desenlace.

Finalmente, también desde la perspectiva de la proporcionalidad del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , se aduce en el último de los motivos de casación que no se ha tomado en consideración la difícil situación financiera de la empresa, pues, aun cuando no se contempla como circunstancia atenuante en nuestro ordenamiento, ello no impide que en aras al principio de proporcionalidad del citado precepto se valore la delicada situación de la empresa y que el pago de la sanción impuesta llevaría a su desaparición.

El análisis de las alegaciones expuestas en los reseñados motivos remite necesariamente a lo que hemos expuesto en ocasiones anteriores al resolver cuestiones similares. En efecto, aunque desde perspectivas no siempre coincidentes, en repetidas ocasiones ha sido suscitada ante esta Sala la cuestión relativa a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad en la cuantificación de las sanciones en materia de defensa de la competencia, lo que nos ha llevado a interpretar y aplicar los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , poniéndolos en relación con el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso.

No puede ser acogido el alegato referido a que la resolución sancionadora no aplicó de forma adecuada el principio de proporcionalidad en lo que se refiere al porcentaje de atenuación del 5% aplicado por la Comisión, ni al resto de las circunstancias que la parte considera atenuantes, como es la conducta desarrollada para reducir los efectos del cartel y la difícil situación financiera de la empresa. En la resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia se razona de manera expresa la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes en la conducta de las empresas concernidas, y por lo que aquí interesa, admite la circunstancia atenuante a PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS SL por haber reconocido los hechos y la participación en la infracción. La Comisión explica de manera sucinta pero suficiente el concreto porcentaje de la reducción del 15% en el caso concreto de la sociedad recurrente y lo justifica atendiendo a dicho reconocimiento de los hechos por parte de la recurrente.



La Sala de instancia, a su vez, dedica el fundamento jurídico sexto de su sentencia a revisar la reducción de la multa debido a las demás circunstancias invocadas, y con remisión a la argumentación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la colaboración activa de la recurrente considera que esta circunstancia atenuante «no ha sido apreciada de forma desproporcionada por la Comisión».

De igual modo, rechaza la atenuación invocada por las concretas iniciativas de la actora para que no pudiera repetirse la conducta, en la medida que no considera acreditados los efectos de mitigación o reducción de los daños del cártel. Finalmente, excluye la Sala de instancia la atenuación relativa a la situación financiera de la empresa recurrente, con cita de la decisión de la Comisión Europea de 23 de junio de 2010, por razón de la falta de acreditación de la incapacidad de la mercantil para hacer frente al pago de la multa sin poner en riesgo la viabilidad de la empresa, ni las previsiones sobre la evolución del negocio que permitieran valorar las circunstancias derivadas del pago de la multa.

Pues bien, consideramos que la apreciación realizada por la Comisión Nacional de la Competencia y la revisión que efectúa la sentencia de instancia es razonable, pues, en realidad se discute la valoración de las concretas circunstancias concurrentes y su alcance a los efectos sancionadores. Así pues, no es que no se apliquen las circunstancias atenuantes aducidas indebidamente, como sostiene la parte recurrente, antes bien, la Audiencia Nacional no da por acreditada ni una colaboración activa sustancial ni una conducta dirigida a la atenuación o minoración de los efectos del cartel a la que alude la parte, que constituye la premisa para la moderación de la multa. Igual sucede con la situación financiera de PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS SL que la Sala de instancia no entiende suficientemente acreditada y concluye que no se ha justificado que el abono de la multa afecte de forma irreversible a la viabilidad de la empresa. Así las cosas, se trata de una cuestión probatoria debidamente ponderada por la Sala de instancia a partir de los datos obrantes en el proceso, sin que las alegaciones de la parte hayan desvirtuado tal apreciación motivada y razonable.

En lo que se refiere a la duración de la infracción y al grado de participación de la sociedad recurrente, la Comisión Nacional de la Competencia expone que la diversidad de las empresas participantes en este mecanismo colusorio y el hecho de que no estén todas las empresas en todas las licitaciones no impide mantener la calificación de la infracción como única. De manera que los acuerdos sancionados operan como "un continuo", en cuanto se trata de un mecanismo que permite alterar el importe de las bajas de las licitaciones en beneficio de las empresas.

Esta consideración se hace sin perjuicio de que a cada empresa deba atribuírse una duración determinada y la toma en consideración las concretas licitaciones en las que participó el recurrente, que fueron un total de 9, como se desprende del fundamento sexto de la resolución sancionadora, en la que se indica que la recurrente debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos. En fin, las consideraciones incluidas en la resolución sancionadora y que la Sala de instancia corrobora resultan plenamente razonables y los alegatos no pueden ser acogidos en la medida que el alcance de la infracción, la cuota de mercado y la específica participación de la recurrente en los hechos se pondera de forma adecuada en la propia resolución sancionadora.

QUINTO.- Dado que también suscita la recurrente la cuestión de la proporcionalidad de la sanción, como ya lo hiciera en términos más amplios en la instancia, debemos acudir a nuestros criterios jurisprudenciales en orden a la cuantificación de la misma, al fijar que en este caso la sanción se ha determinado con arreglo al método de cálculo comprendido en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia.

En nuestra sentencia de 22 de junio de 2015, en el recurso de casación 1036/2013, que hace referencia a la precedente de 3 de febrero de 2015 dictada en el recurso de casación 3854/13, que luego hemos reiterado en pronunciamientos posteriores, como son, entre otras, dos sentencias de 30 de enero de 2015, dictadas en los recursos de casación 15802013 y 1746/2014, y de 20 de abril de 2015 (casación 2064/2012), y 22 de mayo de 2015 (casación 2449/2013) dijimos lo siguiente:

<< [...] Queda entonces por examinar el motivo de casación sexto en el que, como vimos en los antecedentes, se alega la infracción de los artículos 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y de la jurisprudencia relativa al principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones.

El alegato de vulneración del principio de proporcionalidad lo sustenta la recurrente en tres pilares: 1/ la multa es desproporcionada en términos absolutos, atendiendo al volumen total de negocios de la entidad; 2/ es desproporcionada, también, por haber sido determinado de forma errónea el volumen de negocios afectado por la infracción (mercado relevante); y 3/ la multa es desproporcionada por razón del criterio temporal utilizado para su cálculo (volumen de negocios de 2009 y mitad del de 2008).



En lo que se refiere a la determinación del volumen de negocios afectado por la infracción, y, en definitiva, a la identificación del mercado relevante, debemos reproducir aquí las consideraciones expuestas en ocasiones anteriores en las otras recurrentes habían formulado este alegato en relación con la misma resolución sancionadora. Así, en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2015 (casación 3854/2013) -cuyos razonamientos aparecen reiterados luego en sentencia de 23 de abril de 2015 (casación 4422/2013)- señalábamos lo siguiente:

«(...) En relación con la determinación del mercado afectado (apartado i del motivo), no hay ninguna razón para circunscribir el mismo a sólo algunas de las obras (reposición y mejora de firmes) y sólo a determinados tipos de licitaciones. La resolución sancionadora justifica el mercado de forma razonada sin que la parte oponga más que su opinión contraria, limitándose a afirmar que la definición del mercado es demasiado amplia. En cuanto al tipo de licitaciones, deben quedar comprendidas todas las que efectivamente se producen en el mercado, sin que resulte relevante el que las concretas licitaciones investigadas se hayan detectado en licitaciones restringidas o en las convocadas por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, pues no hay base para apreciar que los acuerdos colusivos tuviesen ese tipo de condicionamientos»

En cuanto a los otros dos pilares en los que la recurrente sustenta su alegato sobre vulneración del principio de proporcionalidad, su análisis remite necesariamente a lo que hemos expuesto en ocasiones anteriores al resolver cuestiones similares.

En efecto, aunque desde perspectivas no siempre coincidentes, en repetidas ocasiones ha sido suscitada ante esta Sala la cuestión relativa a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad en la cuantificación de las sanciones en materia de defensa de la competencia, lo que nos ha llevado a interpretar y aplicar los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, poniéndolos en relación con el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por ello, consideramos procedente reproducir aquí las consideraciones que expusimos en nuestra sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), que luego hemos reiterado en diversas ocasiones -pueden verse, entre otras, las dos sentencias de 30 de enero de 2015 dictadas en los recursos de casación 1580/2013 y 1746/2014-.

Los fundamentos quinto a noveno de la citada sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013) tienen el siguiente contenido:

<< (...) QUINTO.- La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007- denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios").

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

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



aplicable a los otros dos límites porcentuales (el uno y el cinco por ciento) pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al uno por ciento del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos.

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

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

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

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

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

El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las



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

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

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

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

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

Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los artículos 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren



ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que -hasta este momento- no son objeto de una regulación armonizada.

Estas afirmaciones responden, por lo demás, a la interpretación consolidada del artículo 5 del Reglamento 1/2003 que ha hecho suya en reiteradas ocasiones la propia Comisión Europea. Por no citar sino uno de los últimos documentos emanados de esta institución, puede leerse en su Comunicación de 2014 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre "Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) nº 1/2003: logros y perspectivas futuras" (documento COM/2014/0453 final) cómo, en palabras de la propia Comisión, "[...] la legislación de la UE no regula ni armoniza las sanciones por incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE", afirmación categórica seguida del recordatorio a los Estados miembros para que "velen por que se disponga de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias".

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción).

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

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

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

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

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

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>>.

SEXTO.- Las consideraciones expuestas en el apartado anterior -que reproducen las dictadas en nuestra sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013)- llevan a concluir que procede estimar el motivo de casación segundo y tercero que formula la representación de «PAS Infraestructuras y Servicios SL», por no ser ajustados a derecho los criterios de cuantificación de la multa aplicados por la Comisión Nacional de la Competencia y confirmados en la sentencia recurrida.

La estimación del recurso en ese punto conduce a que debamos resolver *lo que corresponda dentro de los límites en que apareciera planteado el debate* (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

Pues bien, debemos anular la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la multa, pues ha sido fijado a partir de un método de cálculo no conforme a derecho, dejando subsistente la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia en todo lo demás.

Y una vez anulada la sanción, procede ordenar 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, en el bien entendido de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 , siendo límite máximo del importe de la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa en el año 2010 (ejercicio inmediatamente anterior al de la fecha de la resolución), y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de la multa (2.136.225 euros) que ahora se anula.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuestos en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción ,

FALLAMOS

Primero.- HA LUGAR al recurso de casación nº **2010/2013** interpuesto en representación de PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS SL. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2013, en el recurso contencioso-administrativo nº 685/2011 , que ahora queda anulada y sin efecto en lo que se refiere a la cuantía de la multa en la resolución administrativa enjuiciada.

Segundo.- ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS SL. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente NUM000 , licitaciones de carreteras), anulando la multa que allí se impone a PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS SL por importe de 2.136.225 euros, ordenándose 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, con la indicación de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 que hemos hecho en esta sentencia, siendo límite máximo del importe de la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de



la empresa en el año 2010; y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de la multa que ahora se anula.

Tercero.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Jose Maria del Riego Valledor,- Diego Cordoba Castroverde.- Rubricado.- Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEND