



Roj: **STS 1001/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1001**

Id Cendoj: **28079130032015100073**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/02/2015**

Nº de Recurso: **3854/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4187/2013,**
STS 1001/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil quince.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3.854/2.013, interpuesto por OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A., representada por la Procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla, y por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 1 de octubre de 2.013 en el recurso contencioso-administrativo número 688/2.011, sobre coordinación de comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de carreteras (expte. S/0226/10 de la Comisión Nacional de la Competencia).

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A., representada por la Procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 1 de octubre de 2.013, por la que se estimaba en parte el recurso promovido por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. y por Sociedad Anónima de Betunes y Firmes, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2.011 dictada en el expediente S/0226/10; la misma declaraba acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones, de la que eran responsables varias empresas entre las que se encontraban las demandantes, a las que se les imponía, respectivamente, multa de 5.551.455 y de 100.000 euros.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

"1º.- **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A. contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la misma en lo que se refiere a la recurrente en los términos indicados en el fundamento de derecho noveno de la presente sentencia.

2º.- **ESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES** contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de



octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anula la misma en lo que se refiere a la recurrente en los términos indicados en el fundamento de derecho séptimo de la presente sentencia.

3º. RECONOCER a las recurrentes, **OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A. Y SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES S.A.**, el derecho al abono de los gastos derivados de la constitución de la garantía hipotecaria en la cuantía correspondiente a la parte de la sanción que se anula, con los intereses legales correspondientes.

4º.- RECONOCER a las recurrentes el derecho a la publicación de esta sentencia en la página Web de la Comisión Nacional de la competencia, y a costa de ésta última, una vez sea firme esta sentencia.

5º.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia."

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, una de las mercantiles demandantes y la Administración demandada presentaron sendos escritos preparando recurso de casación, los cuales fueron tenidos por preparados en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 7 de noviembre de 2.013, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado al Abogado del Estado para que manifestara si sostiene el recurso, lo que ha hecho presentando en el plazo concedido su escrito de interposición del mismo, en el que formula los siguientes motivos:

- 1º, que se ampara en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de los artículos 1, 63.1.c) y 64.1 de la Ley 15/2007, de 1 de septiembre, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 81.1 del Tratado fundacional de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia;

- 2º, basado en el mismo apartado del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 14 de la Constitución y de la jurisprudencia, y

- 3º, amparado en el apartado 1.c) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida y que se dicte en su lugar otra más conforme a derecho, por la que se declare la plena conformidad a derecho de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2.011 que la misma dejó sin efecto, con lo demás que sea procedente.

La representación procesal de Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. ha comparecido en forma en fecha 17 de enero de 2.014, mediante escrito interponiendo su recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, del artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los artículos 33.1 y 67.1 de la propia Ley de la Jurisdicción, y de los artículos 209.3, 218.1 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

- 2º, basado en el apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de los artículos 36.1, 37.1.e) y 38.1 de la Ley 15/2007 y de los artículos 12.2 y 36.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en relación con el artículo 45 de la misma Ley de Defensa de la Competencia y con los artículos 44.2, 57.2 y 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común;

- 3º, que se basa también en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 51 de la Ley 15/2007 y con los artículos 62 y 135 de la Ley 30/1992, así como de la jurisprudencia;

- 4º, amparado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 24 de la Constitución;

- 5º, basado en el mismo apartado del reiterado precepto procesal que el anterior, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución y del artículo 137.1 de la Ley 30/1992;

- 6º, que se ampara en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 103 de la Constitución, del artículo 1.4 del Código Civil, de los artículos 63.1.c) y 64.1 de la Ley 15/2007, de los artículos 53.2 y 131.3 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia, y



- 7º, igualmente basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción del artículo 14 de la Constitución .

Finaliza su escrito con el suplico de que se dicte sentencia por la que se case y anule la impugnada y resuelva el recurso contencioso-administrativo en los términos indicados en el suplico de la demanda en el procedimiento de instancia.

Los recursos de casación han sido admitidos por providencia de la Sala de fecha 21 de febrero de 2.014.

CUARTO .- Personada Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. también como parte recurrida, su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en el que suplica que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el mismo, con imposición de costas a la parte recurrente.

El propio Abogado del Estado también ha presentado escrito oponiéndose al recurso de casación interpuesto de contrario, solicitando en el mismo que se dicte sentencia en los términos que resultan de las consideraciones que realiza.

QUINTO .- Por providencia de fecha 13 de octubre de 2.014 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 20 de enero de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. (OCASA) y el Abogado del Estado interponen sendos recursos de casación contra la Sentencia de 1 de octubre de 2.013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional , que estimó en parte el recurso contencioso administrativo entablado por la citada mercantil contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2.011; dicha resolución declaraba acreditada la comisión por parte de dicha empresa de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia relativa a la alteración del resultado de las licitaciones públicas de actuaciones sobre firmes y plataformas y le imponía una multa de 5.551.455 euros. La Sentencia ahora impugnada anulaba la resolución sancionadora en lo que respecta a OCASA y ordenaba la retroacción de actuaciones al objeto de que la Comisión Nacional de la Competencia dictase acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado por la infracción correspondiente al año 2.010, además de otros pronunciamientos accesorios.

El recurso de OCASA se articula mediante siete motivos. El primero de ellos se acoge al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y se basa en la supuesta infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la constitución , 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción y 209.3 , 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por el supuesto silencio de la Sentencia impugnada en relación con la solicitud de que se fijase el importe concreto de la multa o los criterios para su determinación.

Los restantes seis motivos se formulan al amparo del apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el motivo segundo se alega la infracción de los artículos 36.1 , 37.1.e) y 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 1 de septiembre) y 12.1.b), 12.2 y 36.2 de su Reglamento, en relación con los artículos 45 de la citada Ley y 44.2 , 57.2 y 58.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Tales infracciones resultarían de haberse determinado de forma errónea el cómputo del período en que estuvo suspendido el expediente y la consiguiente no apreciación por la Sentencia de la caducidad del mismo.

El motivo tercero se basa en la infracción del artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 51 de la Ley de Defensa de la Competencia y 62 y 135 de la Ley 30/1992 , así como de la jurisprudencia, como consecuencia de que la resolución sancionadora cambió la imputación respecto a la propuesta formulada por la Dirección de Investigación sin haber concedido nuevo trámite de alegaciones.

En el motivo cuarto se aduce la infracción del artículo 24 de la Constitución como consecuencia de haber incurrido la Sentencia de instancia en un error grave de hecho y apreciable *prima facie* , al haber confundido dos concretas licitaciones.

El motivo quinto se basa en la infracción el artículo 24.2 de la Constitución y 137.1 de la Ley 30/1992 , por haber vulnerado el principio de presunción de inocencia como consecuencia de haber invertido la carga de la prueba.



El motivo sexto se funda en la alegada infracción de los artículos 102 de la Constitución , 1.4 del Código Civil , 63.1.c) y 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 53.2 y 131.3 de la Ley 30/1992 , así como de la jurisprudencia, al quebrantar el principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción económica.

Finalmente, el séptimo motivo se basa en la infracción del artículo 14 de la Constitución , al no haber fijado el importe de la sanción económica que correspondiera o el porcentaje sobre el montante de negocio afectado por la infracción, a diferencia de lo efectuado en otros supuestos análogos, vulnerando con ello el principio de igualdad.

El Abogado del Estado formula su recurso mediante tres motivos. En el primer motivo, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, se aduce la infracción de los artículos 1 , 63.1.c) y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el 81.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , así como de la jurisprudencia. Dichas infracciones se fundan en que la Sala de instancia no ha tomado como criterio base para la determinación del importe de la multa el volumen de negocio total de la empresa infractora, así como en la concepción de la Sala sobre el máximo de las sanciones previstas en el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia .

El segundo motivo, asimismo amparado en el apartado 1.d) del citado precepto procesal, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, se denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución y de la jurisprudencia, por haber vulnerado el principio de igualdad al haber aplicado criterios distintos en cuanto a la determinación del importe de la multa que a otras empresas incluidas en el mismo expediente.

Finalmente, el tercer motivo, acogido este al apartado 1.c) del citado artículo 88 de la Ley procesal , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se basa en la infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución , 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , causando indefensión, por ser la Sentencia impugnada inmotivada y gravemente errónea en relación con el reconocimiento a las recurrentes del derecho al abono de los gastos derivados de de la garantía hipotecaria constituida en garantía del pago de la sanción en la cuantía correspondiente a la sanción que se anula, con los intereses legales correspondientes.

SEGUNDO .- Sobre el primer motivo del recurso de OCASA, relativo a la incongruencia omisiva.

En su primer motivo la mercantil OCASA achaca a la Sentencia recurrido no haber dado respuesta a la pretensión de que la Sala determinase la reducción de la multa impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia, bien mediante la fijación de su importe, bien señalando el porcentaje que se debería aplicar al volumen de negocio afectado por la infracción.

El motivo debe decaer, puesto que la Sentencia no ha dejado de dar respuesta a la pretensión a que se refiere la parte sobre la reducción de la multa, si bien no en los términos solicitados en la demanda. En numerosas ocasiones hemos ya precisado que una respuesta judicial satisfactoria con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no supone dar respuesta precisa y puntual a concretas alegaciones de las partes o hacerlo de acuerdo con el planteamiento efectuado en sus escritos. La respuesta debe ciertamente responder a las alegaciones esenciales, pero ello no impide que en ocasiones pueda haber desestimaciones implícitas, derivadas del rechazo de alegatos previos o que la desestimación derive de un planteamiento diferente al que realiza la parte.

En el caso de autos, es claro que la Sentencia se pronuncia sobre la conformidad a derecho del importe de la multa, incluso apreciando en parte los alegatos basados en el principio de proporcionalidad que se formularon por OCASA. Sin embargo, si en virtud del planteamiento efectuado por la Sala, ésta acuerda en el fundamento de derecho noveno la retroacción de actuaciones al objeto de que sea la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la que, aplicando correctamente los criterios sentados por la Sentencia, cuantifique el importe de la multa, ello no supone dejar sin respuesta la pretensión aducida por la recurrente, aunque dicha respuesta no sea coincidente con la exacta formulación de la pretensión realizada por la parte. Debe pues desestimarse el motivo.

TERCERO .- Sobre el segundo motivo de OCASA, relativo a la caducidad.

La mercantil recurrente aduce en su segundo motivo que el procedimiento administrativo sancionador había caducado y que la Sala de instancia así debió apreciarlo, debido a que con ocasión de la suspensión del plazo para dictar resolución por la práctica de pruebas, incluyó dentro de la suspensión el tiempo concedido para que las partes formularan alegaciones, en contra de lo dispuesto en el artículo 21.1.b) del Reglamento de Defensa de la Competencia , que determina que el cómputo del plazo debe entenderse suspendido "durante el



tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente".

La Sentencia se pronuncia sobre esta cuestión en los siguientes términos:

" **CUARTO.**- Como primer motivo de impugnación aducido en la demanda a favor de la nulidad de la resolución impugnada se alega la caducidad del expediente administrativo, porque frente a lo resuelto por la CNC, que entiende que el procedimiento estuvo legalmente suspendido entre el 20 de julio de 2011 y el 26 de septiembre de 2011, a juicio de la actora de la interpretación conjunta de los artículos 37.1 d) LDC y 12.1 b) RDC en relación con el 12.2, la CNC estaba obligada a reanudar el cómputo del plazo del procedimiento suspendido dictando un nuevo acuerdo, desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión.

Esta cuestión ya fue contestada y rechazada en la sentencia de fecha 4 de enero de 2.013, recurso 657/2011 , en la que indicábamos en el FJ 4º:

" Pues bien, del expediente administrativo resulta:

- Con fecha 18 de febrero de 2010 se acordó la incoación del expediente sancionador contra 53 empresas, entre ellas la hoy actora.

- Mediante acuerdo de 19 de julio de 2011, el Consejo de la CNC acordó suspender el plazo máximo para resolver el expediente con efectos desde el 20 de julio de 2011 y durante el tiempo en que se procede a la práctica de las pruebas de actuaciones complementarias (folio 9368 del expediente).

- Mediante acuerdo de 26 de septiembre de 2011, el Consejo alza la suspensión acordada, reanudándose, con efectos de 26 de septiembre de 2011 el cómputo del plazo para resolver el expediente (folio 11534).

- La resolución se notificó a la hoy actora el 20 de octubre de 2011.

Resulta, pues, que el plazo estuvo suspendido un total de 68 días naturales (del 20 de julio al 26 de septiembre de 2011) y, en consecuencia, el plazo de duración máxima del procedimiento quedó diferido al 25 de octubre de 2011 y consta la notificación a la actora el 20 de octubre, por lo que el procedimiento no puede considerarse caducado.

La recurrente discrepa de la forma de computar el período de suspensión y, concretamente, la forma de determinar el término final de dicho período. Según la actora el período de suspensión debió concluir con efectos desde el momento que finalizó el plazo establecido para el trámite determinante de suspensión (30 de agosto de 2011), coincidiendo con la finalización de la práctica material de prueba.

La Sala ha abordado ya esta cuestión planteada en términos sustancialmente análogos en otros recursos interpuestos por otras empresas sancionadas en la misma Resolución que ahora se impugna.

Así, entre otras, en nuestra SAN de 28 de noviembre de 2012 (Recurso nº 635/2011) dijimos:

El artículo 37 pfo. 1 LDC tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 37. Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo.

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

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

b) Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

c) Cuando sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países.

d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo.

e) Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.

f) Cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos establecidos en el artículo 51.

g) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional en los términos establecidos en el artículo 52"

Por su parte, el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia establece:



"Artículo 12. Cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión.

1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y

b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;

b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;

c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;

d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio;

e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;

f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007, se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados.

2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.

3. En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."

El Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec. 1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados, la decisión de interrumpir el plazo máximo para resolverlas (tanto más si es consentida por estos últimos) debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales.

En el procedimiento que regula la Ley 15/2007 está claramente separada la fase de instrucción de la fase de resolución; como ha señalado la propia CNC en algunas de sus resoluciones, del examen conjunto de los artículos 51 pfo.1 de la Ley 15/2007 y el artículo 36 pfo. 1 del Reglamento DC, resulta que en principio no está contemplada la práctica de pruebas en la fase de resolución, porque este último precepto establece que el Consejo podrá denegar la práctica de pruebas que pudieron haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación y no lo fueron. Igualmente se establece la posibilidad de que en esta fase de resolución, de oficio o a instancias de un interesado, se admita y acuerde la práctica de actuaciones complementarias, y practicadas, que los interesados formulen alegaciones.

Resulta en consecuencia que, a juicio de esta Sala, el periodo por el que se acuerda la suspensión alcanza, en su caso, a la finalización del periodo que se conceda para formular alegaciones a los interesados, cuando, como es el caso, se ha acordado la realización de actuaciones complementarias. Y el hecho de que unos las realicen y otros no, o que cada uno disponga de un periodo (por solicitarse por algunos y concederlo la CNC la ampliación del plazo), no autoriza a considerar que, en el marco de un único expediente, la duración de este deberá computarse individualizadamente, que es al fin y al cabo la tesis que sustenta la actora. Por el contrario, siendo único el expediente, la CNC acuerda la suspensión y esta afecta a todos los expedientados y el levantamiento, que igualmente afecta a todos. Y es conforme a derecho que el levantamiento se acuerde una vez finalizado el periodo para formular alegaciones. Esta conclusión encuentra por otra parte su fundamento en el principio de seguridad jurídica.



La sentencia de esta Sala que cita la recurrente en apoyo de su tesis, no establece (la de 9 de julio de 2009, recurso 464/2006) que la caducidad del procedimiento sancionador es un efecto que se produce de manera individual: en aquel supuesto se debatía la ampliación del plazo máximo para resolver, y se señalaba que "La decisión de ampliar el plazo para tramitar y resolver el expediente ha de ser notificada al interesado, como resulta con carácter general del artículo 58.1 LRJPAC, y como específicamente exige para este acto el artículo 2.2 del RD 2119/93 citado" llegándose a la conclusión de que la ampliación se notificó al recurrente dentro de plazo y que el expediente no había caducado.

Debe por tanto desestimarse este primer motivo de recurso relativo al procedimiento... "

La mencionada doctrina resulta de plena aplicación al caso y la damos por reproducida." (fundamento jurídico cuarto)

Pues bien, tiene razón la Sala de instancia. Así, hemos dicho ya en ocasiones anteriores que el citado plazo de interrupción se mantiene hasta que finaliza el incidente sobre la práctica de las pruebas, tal como determina el apartado 2 del precepto reglamentario invocado al que se refiere también la parte, pues el incidente probatorio incluye la incorporación al expediente de las alegaciones de las partes. Además de ser una interpretación acorde con los términos de los dos apartados mencionados del artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia , la misma evita que el plazo de caducidad resulte diferente para cada recurrente con ocasión de tales trámites, lo que resulta más acorde con el hecho de que se trate un único expediente, aunque en determinadas circunstancias pueda no mantenerse tal identidad del plazo de caducidad para todos los afectados.

CUARTO .- Sobre el tercer motivo de OCASA, relativo a alegación de indefensión por el cambio de imputación.

En el tercer motivo de su recurso, la mercantil recurrente aduce que se le ha causado indefensión como consecuencia de que la resolución sancionadora adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia le achacó una infracción distinta a la propuesta por la Dirección de Investigación. Así, en la propuesta de ésta se le imputaban catorce infracciones distintas, mientras que la resolución sancionadora le ha atribuido una infracción continuada.

La Sentencia responde a esta alegación en el fundamento de derecho quinto:

" **QUINTO**.- En aquella misma sentencia analizábamos otra de las alegaciones reiterada también en diversos recursos interpuestos por estas mismas empresas sancionadas junto a la recurrente en el mismo acto administrativo ahora recurrido, y no es otra que la alegación de que el Consejo modificó la calificación jurídica propuesta por la Dirección de Investigación sin conceder trámite de alegaciones. Y en la misma sentencia de fecha 4.1.2013 indicábamos:

En este sentido se hace eco la demandante del Fundamento de Derecho Primero de la Resolución, en el que se dice que la Dirección de Investigación no propuso "un único cártel formado por las 53 empresas imputadas en el presente expediente" sino que ha considerado la existencia de catorce acuerdos diferentes.

En este caso la propuesta de resolución había considerado que existían 14 cárteles distintos y 14 infracciones, de las que PADELSA habría participado en 2, y la resolución impugnada condena por un único cártel y una única infracción continuada que se habría extendido durante los años 2008 y 2009, sin dar trámite de alegaciones conforme establece el artículo 51.4 LDC .

Este precepto establece:

"4. Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas."

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 14 de febrero de 2.007 (RC 1.904/2.005 y RC 974/2004) analizando el artículo 43 LDC consideró que como no se modificaron los hechos, ni la calificación jurídica de os mismos como una infracción del artículo 1 LDC , la resolución impugnada era conforme a derecho. En este caso, las conductas específicas respecto de las cuales se formuló la acusación son exactamente las mismas, y no hay una nueva calificación, sino una reconsideración de que no son constitutivas de catorce infracciones sino de una infracción continuada.

No se aprecia en estas circunstancias la indefensión material denunciada, pues no se están imputando hechos distintos. En efecto, de la lectura de la PR resulta que:



- La Dirección de Investigación concluye que se ha probado la existencia de acuerdos secretos entre empresas competidoras para modificar (incrementar) las ofertas económicas a presentar en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de carreteras que se celebran en territorio nacional.

- La Dirección de Investigación señala que se han acreditado acuerdos para acordar de forma secreta el vencedor y modificar las ofertas a realizar en catorce licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional.

- En respuesta a alegaciones de las empresas contra la afirmación en el PCH de la existencia de un cartel global, la Dirección de Investigación manifiesta que no ha planteado la existencia de un único cártel formado por las 53 empresas imputadas en el presente expediente, sino que ha considerado la existencia de 14 acuerdos diferentes en los que en cada uno han participado distintas empresas imputadas, lo cual debería sin duda tenerse en cuenta a la hora de proceder al cálculo de las sanciones que correspondan (apartados 450-453 de la PR).

Es decir, no solo no les resulta una calificación inesperada sino que había sido sostenida por los expedientados ante la DI.

- La DI propone al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que declare que las 53 empresas citadas en el HP 7 "...han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, incurriendo en una toma de contacto directa entre competidores para desvelar las ofertas a presentar y modificarlas en beneficio de los participantes en cada acuerdo, lo que ha tenido como objeto y efecto restringir la competencia y distorsionar el mercado al evitar que los procedimientos de licitación de obras públicas logren su objetivo de adjudicar la obra a la empresa más eficiente y al menor coste, perjudicando al contribuyente". Solicita que la infracción se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La actora sitúa su indefensión en el hecho de que se le habría privado de alegar y acreditar sobre cuestiones como el mercado relevante, que sería el de cada licitación. Nuevamente resulta en sentido contrario a su alegación que en relación con la "Definición de mercado" dice la CNC que:

"Buena parte de las empresas, incluso las que han reconocido los hechos y, en algunos casos, su responsabilidad en las conductas, cuestionan la definición de mercado.

En el párrafo 100 del PCH la Dirección de Investigación sitúa el mercado relevante en el ámbito de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). No obstante, en su explicación aporta cifras de la inversión total en conservación de infraestructuras, en particular en carreteras, que puede incluir otros conceptos. Además, en su requerimiento de información a las partes sobre volumen de negocios solicitó las cifras correspondientes a las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas."

No ha habido modificación alguna en la determinación del mercado relevante, no es necesario un análisis de los hechos distinto durante el procedimiento, y en cuanto a la duración de la infracción, igualmente se estableció por la DI el periodo 2008-2009. La diferencia posible podría situarse en el modo de calcular la sanción, cuestión que es objeto de otro motivo de recurso y que se analizará más adelante.

Debe en consecuencia desestimarse igualmente este motivo de recurso..."

A lo expuesto ha de añadirse únicamente que la posibilidad de que pudiese operar la calificación como una única infracción continuada ya fue apreciada en el expediente, y así tuvo ocasión de manifestarse la recurrente y así se expresó la Dirección de Investigación (folios 6867 y 9264), y alegó al recurrente respecto de la propuesta de resolución (folio 8859), por lo que no puede decirse que haya habido indefensión de ningún tipo, ni se haya visto obligada, por esa calificación a tener que aportar o practicar pruebas de especial dificultad o complejidad, siendo éste el criterio de la indefensión el que ha inspirado la doctrina de las sentencias que cita la actora (STS de 30.1.2012, recurso 5106/2009 , y SAN 22.2.2012, recurso 1/2011 , de esta Sección), lo que requiere una ponderación en cada caso, sin que pueda decirse que haya existido infracción alguna en este recurso." (fundamento jurídico quinto)

Tal como hace la Sentencia impugnada, asumiendo de forma expresa los términos que reproduce de una Sentencia anterior en la que se desestimó el recurso de otra de las empresas sancionadas, hay que rechazar la queja de indefensión. En efecto, en ningún caso se ha producido en la resolución sancionadora un cambio respecto a los hechos en los que se basa la imputación, y el cambio de calificación jurídica (varias infracciones o infracción continuada) no ha supuesto una alteración de los términos del debate. Esto es así, tal como se refleja en las consideraciones de la resolución sancionadora contenidas en el fundamento de derecho tercero relativo a las alegaciones de las partes (epígrafe "calificación" de la información), de donde resulta que la



cuestión sobre la existencia de uno o varios cárteles y, en definitiva, de varias infracciones o una infracción continuada estuvo presente en la tramitación del expediente. Así pues, resulta evidente que si la resolución sancionadora finalmente acogió una tesis calificadora entre las que se debatieron durante la investigación, difícilmente puede la recurrente alegar que dicho cambio resultó una alteración de los términos del debate o que le causase indefensión. Debe pues rechazarse el motivo.

QUINTO .- Sobre el motivo cuarto del recurso de OCASA, relativo a un error de hecho.

Expone la parte recurrente que la Sentencia ha incurrido en un error de hecho incontestable al afirmar que una determinada licitación (concretamente la 32-O- 5460), en la que participó OCASA, fue atribuida a PAS Infraestructuras y Servicios, S. L., cuando lo cierto es que dicha sociedad no participó siquiera en la misma y que la adjudicataria fue la sociedad Ecoasfaltt, S.A. Sostiene que el error es determinante del fallo, puesto que la Sentencia se apoya en una confesión de la citada sociedad PAS Infraestructuras y Servicios para imputar a OCASA la participación en un acuerdo colusorio en dicha licitación.

El motivo debe ser descartado. El error que denuncia la parte no es en absoluto, en contra de lo que afirma, determinante del fallo, puesto que éste se basa en un acuerdo colusorio prolongado que abarca varios años y la participación en numerosas licitaciones de diversas empresas. Así, las cosas, el error en una de ellas no afecta a la valoración de la Sala juzgadora respecto a la comisión de una infracción comprendida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia . En efecto, sólo si la participación en esa concreta licitación fuese parte esencial de la infracción resultaría cierto lo afirmado por la parte; sin embargo, nada de eso acredita la recurrente, lo que sin duda deriva de que la sanción se ha basado en una infracción continuada durante varios años en la que no resulta relevante ni el error que se denuncia ni, en último extremo, la participación de cualquiera de las empresas infractoras en una concreta licitación.

SEXTO .- Sobre el motivo quinto, relativo a la presunción de inocencia.

En el quinto motivo la sociedad recurrente aduce la infracción del derecho a la presunción de inocencia como consecuencia de haber invertido la carga de la prueba y haber obligado a OCASA a probar su propia inocencia, demostrando que no concurrían los elementos del tipo infractor. Así, según la entidad recurrente, no existe en el expediente evidencia alguna que acredite de manera suficiente la participación de OCASA en el supuesto acuerdo colusorio, pero la Comisión Nacional de la Competencia sustentó sus imputaciones sin pruebas directas de cargo y sobre la base de meros indicios; la Sentencia impugnada reconoce, afirma la recurrente, que las imputaciones se han basado en indicios a partir de los cuales se habrían probado de forma suficiente los hechos base. Seguidamente, la mercantil expone su criterio sobre la inexistencia de pruebas suficientes respecto a su participación en la supuesta colusión producida en licitaciones en que participó OCASA.

El motivo debe ser rechazado, ya que se sustenta en la discrepancia de la parte respecto a la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia, siendo así que no es posible en casación revisar la valoración de la prueba o, más en general, las apreciaciones de hechos efectuadas en la instancia. En efecto, tal como hemos reiterado en abundantes ocasiones, el recurso de casación está configurado legalmente para la revisión de la correcta aplicación e interpretación del derecho, sin que sea posible entrar a debatir los hechos considerados probados en la Sentencia recurrida, siempre que los mismos se expresen de forma motivada y no se basen en error patente o en valoraciones manifiestamente erróneas. En el caso de autos, asumiendo los hechos declarados probados por la resolución sancionadora, la Sala ha motivado de manera plausible y razonable la existencia de una conducta colusoria por parte de varias empresas dedicadas a la construcción y la participación de la recurrente en dicha conducta en los fundamentos que se reproducen a continuación, lo que conduce a la desestimación del motivo:

" **SEGUNDO**.- Son hechos suficientemente acreditados en autos en virtud de la documental que obra en el expediente administrativo que la actora, OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A. (OCASA, en lo sucesivo), junto con otras empresas, participaron en la reunión que hubo en fecha 16 de diciembre de 2.008, en lugar indeterminado, según obra al folio 1111 del expediente (Documento manuscrito de PADECASA) y de los documentos "Archivos Excel sobre siete licitaciones" de los folios 1.994 a 2007. Cada una de estas empresas estuvieron representadas por la misma persona, escribiendo cada participante en la reunión su nombre y su número de teléfono en el manuscrito de PADECASA (folio 1.111). El objeto de esta reunión habría sido alcanzar un acuerdo sobre el vencedor y las ofertas a presentar en cada una de las siete licitaciones públicas recogidas en dicho manuscrito de PADECASA (folio 1.111), también incluidas en el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984). En la columna "invit" aparece que la actora, OCASA, ha sido invitada en 3 del total de licitaciones analizadas en dicho documento. Se trataría de licitaciones de obras en las siguientes provincias:

o Alicante, o Murcia.

o Albacete. o Soria



o Ávila o Valencia.

o Cantabria

Como se refleja en el folio 1.111, en el que consta el móvil y representante legal, las empresas participantes en esta reunión fueron:

1. CYES. 15. SORIGUÉ
2. GUEROLA. 16. BECSA.
3. SENOR. 17. RAFAEL MORALES.
4. EMILIO BOLADO. 18. TEBYCON.
5. ASCAN 19. CONALVI.
6. PAVASAL. 20. ARCEBANSA.
7. COPISA. 21. GEVORA.
8. PROBISA. 22. CONTRATAS IGLESIAS.
9. HORMIGONES MARTINEZ. 23. ELSAN
10. PAVIMENTOS DEL SURESTE 24. ALVARO VILLAESCUSA.
(PADELSA). 25. PABASA.
11. EOC. 26. EUROASFALT
12. MISTURAS. 27. TRABIT.
13. EXTRA CO. 28. ECOASFALT.
14. PAS. 29. VIAS Y CONSTRUCCIONES.
30. EIFFAGE. 33. OHL.
31. HERGONSA. 34. PADECASA.
32. OCA.

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 dicho F.1111 aparecen en documento manuscrito la parte proporcional correspondiente a la recurrente y otras empresas en función de la oferta que hubiera presentado en condiciones competitivas aplicando el mayor diferencial obtenido por la colusión.

En el Archivo Excel "Ingresos y Pagos I.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 Redondela (N-552,,).
- o Asturias (A-64). o León (N-630).
- o Asturias. 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.

La actora fue adjudicataria de la licitación 32-PO-3720 (Redondela), presentando licitaciones en las siguientes obras:

-32-S-5580, adjudicada a MISTURAS, de modo que aparece en el folio 1984, en las hojas excel de Misturas, hallada en la inspección, un pago a OCA de 156.815,60 euros (folio 1984, y celda F45 del folio 2000), en



compensación al pago de OCA a MISTURAS (24.370,01 euros) y EXTRACO (4.370,01 euros) por la licitación en Redondela, resultando un único pago de 108.075,58 euros.

- 32-S-2940 (Soria): Según consta en el folio 1111-1112 (documento manuscrito de PADECASA) aparece un pago de la empresa adjudicataria a OCA de 87.471,66 euros.

-32-AV-2970: (Ávila). Igualmente del folio 1111 se deduce un pago a favor de OCA de 119.060,29 euros.

-32-O-5460: Asturias. No consta pago alguno a la recurrente, pero sí la aceptación de los hechos por parte de la adjudicataria, PAS, admitiendo pagos a otras empresas licitantes.

En la licitación de Pontevedra (Redondela), adjudicada a OCA, participó también su filial, SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES S.A, participada por la actora en un 70%, y que presentó una oferta con baja del 2,64 %. Según la hoja de cálculo de MISTURAS (folio 1984) aparece un pago de OCA a Misturas de 24.370,01 euros (celda H32, folio 1984) y a EXTRACO por 24.370,01 euros (celdas E30 y E32).

En fecha 17 de diciembre de 2.009 se incoa expediente sancionador 92/09. El 10 de febrero de 2.010 se inicia la información reservada DP 0048/2009, y el 21.9.2010 se dicta el pliego de concreción de hechos.

En fecha 30 de noviembre de notifica a las recurrentes la propuesta de resolución. En fecha 19 de julio de 2.011 el Consejo de la CNC acuerda practicar prueba, suspendiendo el plazo para resolver con efectos de 20.7.2011. En fecha 30.8.2011 se notifica a las empresas el acuerdo sobre valoración de prueba practicada. En fecha 26.9.2011 se alza la suspensión acordada.

En fecha 19.10.2011 se dicta el acuerdo sancionador, por el que se le impuso a la actora, OCA, una multa de 5.551.455 euros, sobre la base de aplicar a un tipo del 5%, un incremento por el resto de las licitaciones en que intervino, de la que resultó un tipo total de 13%, atendiendo al volumen de negocios afectado por la infracción por 2.008 y 2.009. A Betunes y Firmes, se le impuso una multa de 100.000 euros, al no disponer de volumen de negocios afectado en dicho mercado.

[...]

SEXTO.- La recurrente, OCASA, considera que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, aplicable al procedimiento sancionador, al ser sancionada sin prueba suficiente de su participación en el cartel que ha dado origen al expediente sancionador. Esta cuestión se halla respondida por lo expresado en el fundamento de derecho 2º de esta sentencia al que nos remitimos, así como en lo que hemos indicado igualmente, sobre el alcance de la prueba indiciaria en este mismo procedimiento sancionador examinado en varias sentencias, en línea con lo indicado en la ya citada de 4.1.2013, recurso 657/2011 .

Conviene tener en cuenta que 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 actora argumenta que ha tenido lugar una aplicación errónea de la prueba de presunciones, sin que existan suficientes indicios contra la recurrente.

El Tribunal Supremo en relación con la prueba indiciaria que es la que sustenta la condena de la recurrente en la sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) afirmó:

" [...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es



arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda. "

En este caso, hay un conjunto de indicios que son valorados por la Administración de los que resultan que acudió a la reunión de 16.12.2008 con sus competidoras en el sector de las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional, para conocer qué ofertas planeaban presentar a los concursos a los que habían sido invitadas. El resultado fue la adopción de acuerdos para modificar las ofertas, incrementando el coste para el ente que adjudica el contrato mediante la disminución del importe de las bajas a ofrecer, en las referidas licitaciones.

Estos elementos probatorios, al menos a título indiciario, son los siguientes:

- Documentación entregada por el denunciante.
- Documentación hallada en los registros de sedes de empresas (Padecasa y Misturas), con independencia de que haya sido o no negada por dichas empresas.
- Documentos y archivos excel localizados en lugares diferentes y que guardan total coherencia y relación unos con otros.
- El propio resultado de las licitaciones, las bajas ofertadas coinciden con las que aparecen en la documentación aportada o incautada.
- Coincidencias entre las distintas licitaciones examinadas.
- Semejanzas entre los distintos ficheros sobre pagos a realizar, sin que sea necesario que se recojan en la contabilidad.
- Participación en las cinco licitaciones antes aludidas en el fundamento de derecho segundo convocadas por el Ministerio de Fomento.
- Varias partes han reconocido en sus alegaciones que la reunión de 16 de diciembre de 2008 (folio 1111) fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA) (folio 5654, 8524).

De lo expuesto se deduce que la actora aparece mencionada en los documentos de los que resulta la existencia del cartel. En cuanto a la licitación de Asturias, cabe decir, sin embargo, que aún cuando no pudiera deducirse tal referencia, la adjudicataria, PAS, ha reconocido su participación en el cártel que también afectaba a dicha licitación (folio 9258), y así fue confirmado en sentencia de esta Sala de fecha 25 de abril de 2.013, recurso 685/2011 .

A partir de estos indicios, esta Sala considera que se han probado de forma suficiente los hechos base: se celebran contactos y reuniones, participan empresas invitadas a participar en determinado tipo de licitaciones, se comunican sus ofertas, se detallan las bajas a ofertar. Y el resultado es que la baja más alta siempre es mucho más reducida que la inicialmente prevista por el licitador con la oferta más ventajosa para la Administración. Y en alguno de los concursos públicos, se ha acreditado que se calcula porcentualmente, y en relación con la baja de cada uno, un importe en euros que es una parte de la diferencia que resulta, a favor del adjudicatario y en contra de la Administración que convoca y adjudica el concurso de comparar la cifra con la baja más alta inicialmente prevista y la cifra con la baja más pequeña finalmente ofertada. Ha tenido lugar la demostración del enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia obtenida por la CNC, y que este razonamiento no es arbitrario ni absurdo sino que es coherente y razonable.

El hecho de que sólo resultase invitada en cinco de las licitaciones, no excluye su participación en el cártel, que, como razona la resolución impugnada, es único y continuado. Por otro lado, que algunas de las licitaciones sean anteriores a la reunión de 16 de diciembre de 2.008 no resulta relevante si de los datos concurrentes expuestos en el fundamento de derecho segundo se deducen que fueron objeto de prácticas colusorias.

En definitiva, la Sala ha considerado que al igual que los otros casos analizados en relación con otras de las muchas empresas sancionadas por la misma conducta existe prueba suficiente como para desvirtuar su presunción de inocencia." (fundamentos jurídicos segundo y sexto)

SÉPTIMO .- Sobre el motivo sexto, referido al principio de proporcionalidad.

En el sexto motivo la empresa recurrente aduce que se ha infringido el principio de proporcionalidad en cuanto al importe de la sanción, dado que no se han respetado los criterios que establece el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia para establecer las sanciones. La Sentencia impugnada ha estimado parcialmente la alegación relativa al principio de proporcionalidad en cuanto a la aplicación de un 13% al volumen afectado por la infracción de los años 2.008 y 2.009, pero no en cuanto a otros criterios: la determinación del tamaño del mercado afectado, la concurrencia de circunstancias atenuantes, la existencia de un error material respecto al volumen de ventas afectado por la infracción de OCASA, la consideración de circunstancias adicionales moduladoras del nivel de la multa y la indeterminación del porcentaje concreto a aplicar al volumen de negocios de OCASA.

La Sentencia se refiere al principio de proporcionalidad en los fundamentos octavo y noveno en los siguientes términos:

" **OCTAVO.**- También alega la recurrente la vulneración del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 131 de la Ley 30/1992 de 26 noviembre, por diferentes motivos que a continuación se exponen. A este respecto baste recordar que la sanción impuesta del 13% deriva de la aplicación a un tipo básico del 5% de un porcentaje del 2% por cada una de las demás licitaciones en las que haya concurrido OCASA. En consecuencia resulta un tipo del 13% cifrado sobre el volumen afectado por la infracción en los años 2008 y 2.009, respetando el 10% de la cifra del volumen de negocios a que se refiere el art.63.1 de la Ley 15/2007 indicada por la dirección de investigación y que obra al folio 9.300 del expediente, siendo ésta de 14,8 millones de euros.

Con carácter previo hemos de resolver varios motivos formulados por la recurrente en relación con los criterios para determinar el importe de las sanciones a que se refiere el artículo 64 de dicha ley, como son:

" 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.* "

Respecto a la determinación del mercado afectado hemos de considerar acertado el criterio tenido en cuenta por la CNC en cuanto que ha valorado la cifra correspondiente a las obras de rehabilitación de carreteras sin distinguir entre rehabilitaciones ordinarias y extraordinarias, tal como apunta la actora, pues no se trata de mercados distintos a los que concurren distintas empresas que por otro lado, precisan de la misma clasificación a efectos de contratación. Por este mismo motivo se rechaza el criterio sostenido por la recurrente de excluir las licitaciones derivadas de los procedimientos abiertos, siendo el de los restringidos en el que se ha observado el cártel acreditado en autos. También conviene valorar que 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.* "

Rechazaremos, igualmente, la existencia de la atenuante sostenida por la actora relativa a la concurrencia de crisis económica, pues tal atenuante carece de la mínima justificación, siendo así que incluso en ese contexto económico, los acuerdos colusorios pueden ser incluso más graves al colocar en peor situación a las empresas no participantes en dichos acuerdos y que se ven excluidas de las adjudicaciones de los contratos, siendo así que la oferta pública de tales licitaciones ha disminuido considerablemente por el hecho de la citada crisis económica. Igualmente, se rechaza la alegación de conocimiento de la situación por parte de la demandada, toda vez que el hecho de que existan bajas en los procedimientos restringidos no implica que la Administración conociese que las empresas concurrentes pudieran ofertar bajas superiores. Con independencia de que la actora quiera acreditar que las ofertas presentadas eran acordes a mercado, sobre la base de haberse estimado presupuestos muy ajustados, en términos del art.76.2 de la LCSP, lo cierto es que también ha quedado demostrado, por todas las razones antes indicadas, que las licitantes podrían haber formulado bajas todavía mayores.

NOVENO.- Sin embargo habremos de dar la razón a la recurrente, en tanto en cuanto no se respeta la proporcionalidad la sanción si no se atiende a la cifra del 10% del volumen de negocios del último año a que se refiere el art.63.1.c en el sentido en que lo interpreta la Sala del volumen afectado por la producción, criterio sustentado en recientes sentencias tales como la de 17.6.2013, recurso 673/2011, o 21.3.2013, recurso 699/2011.

A este respecto la Sala ha venido considerando, que de entender aplicable el criterio sostenido por la CNC, se otorgaría a dicho órgano una elevada dosis de discrecionalidad en la aplicación de las sanciones, contraria



a los principios de *lex certa*, taxatividad, certeza y seguridad jurídica, exigibles conforme a los art.25.1 y 9.3 de la CE. Y eso es lo que ha ocurrido precisamente en autos, al entender aplicable la CNC un tipo básico del 5%, sin llevar a cabo una especial justificación y valorando el volumen de negocios existente en 2.008 y 2.009, en vez de 2010, como exige el art.63.1.c. Por consiguiente en términos de proporcionalidad e interpretado conjuntamente el art. 63.1.c y 64 procede atender al mercado afectado por la infracción.

En consecuencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente, OCASA, anulándose la resolución impugnada, pero debiéndose retrotraer las actuaciones para que la CNC mediante resolución motivada, dicte acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado por la infracción correspondiente al año 2010 y en el cual habrá de incluirse únicamente dicho volumen respecto de la entidad OCASA, y no de su filial BETUNES Y FIRMES, que como hemos dicho anteriormente, no debe responder de la infracción imputada a su empresa matriz.

Ello conlleva la estimación de este motivo con el alcance que luego se indicará." (fundamentos jurídicos octavo y noveno)

Como puede comprobarse, la Sala estima en parte el recurso contencioso administrativo en la medida en que el cálculo de la multa no se atiende al volumen afectado en el año anterior según establece 63.1.c) de la Ley de Defensa de la Competencia, sino que la Comisión Nacional de la Competencia consideró aplicable un tipo básico del 5% y valoró el volumen de negocios existente en 2.008 y 2.009.

Nuestro juicio sobre este motivo no puede prescindir del hecho de que existe un motivo contrapuesto, en relación también con el principio de proporcionalidad, por parte del Abogado del Estado que, como veremos, habremos de estimar. Ahora bien, algunas de las cuestiones planteadas por la parte en este motivo en su crítica a la Sentencia hemos de valorarlas en este momento, al objeto de determinar los criterios que habrán de seguirse en el cálculo de la multa.

No objeta la parte el punto en que la Sala de instancia aprecia que el cálculo de la multa debe partir del volumen de negocios del ejercicio anterior al de la imposición de la multa, según establece para cada tipo de infracción el apartado del citado artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia. Tiene razón la Sala de instancia en esta apreciación en lo que respecta a la necesidad de circunscribir el cálculo al ejercicio anterior al año de imposición de la sanción, y es correcta por tanto la rectificación que hace del criterio de la Comisión Nacional de la Competencia que partió de ejercicios anteriores en relación con varias de las empresas sancionadas.

Hay que rechazar, en cambio, las restantes alegaciones efectuadas por OCASA en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad y que hemos enumerado antes. 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 la valoración de las circunstancias atenuantes alegadas por la parte (apartado ii), la crisis económica y la supuesta aquiescencia de la Administración, la Sentencia las desestima en el último párrafo del fundamento octavo. Esta Sala considera que ambas son rechazables en los términos efectuados por la Sentencia impugnada en relación con el supuesto de autos. Ni la crisis puede en modo alguno justificar comportamientos anticompetitivos que sólo beneficiarían a quien los comete en perjuicio de los competidores, por mucho que la parte discrepe de esta valoración, ni hay fundamento para afirmar que la Administración consentía los acuerdos colusorios sancionados encaminados a evitar bajas superiores en las licitaciones.

El tercer argumento relativo a la cuantía del volumen de ventas afectado (apartado iii) plantea dos tipos de problemas. Por un lado, la cuantía concreta no es una cuestión que debamos examinar ahora, ya que la estimación del motivo primero del Abogado del Estado obligará a calcular sobre nuevas bases dicho volumen. Ahora bien, la parte plantea varias cuestiones que debemos abordar al objeto de determinar los criterios que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá aplicar en el supuesto de autos cuando proceda a recalcular la sanción; se trata en efecto de pretensiones de la parte sobre las que debemos pronunciarnos, pues de lo contrario y en el supuesto de que la parte tuviese razón, el nuevo cálculo de la sanción podría incurrir en el mismo error que denuncia la parte en el presente recurso. Las cuestiones planteadas por la parte son si el volumen de ventas a computar debe incluir sólo el de la matriz OCASA o también el de la filial Sociedad Anónima de Betunes y Firmes -participada en un 70% por OCASA-, y si las actividades a tener en cuenta se restringen a las de conservación de carreteras o también a las restantes de OCASA.

En cuanto a esta última cuestión, la examinamos después al valorar el motivo primero del Abogado del Estado, aunque podemos avanzar que, por las razones que se expondrán, a los efectos del artículo 63 el volumen de negocio se computa respecto al total de las actividades de la empresa sancionada, tal como literalmente dice el precepto y justificamos después. Debe pues rechazarse la alegación de la parte en esta cuestión. En cuanto a si ha de considerarse también el volumen de negocio de la filial, la respuesta es positiva en el porcentaje en que esté participada por la matriz. Esto es, en las cuentas consolidadas de la matriz estarán incluidas las cifras correspondientes a la participación de la misma en sus filiales y el volumen total de negocio de la matriz incluye asimismo, como es lógico, el correspondiente a su participación en las filiales. En definitiva, el volumen total de negocio al que se refiere el artículo 63.1 de la Ley de Defensa de la Competencia comprende todos sus sectores de actividad y su participación en todas sus filiales. Ello quiere decir en el caso de autos que el volumen de actividad de la empresa OCASA comprende el correspondiente al 70% de su participada Betunes y Firmes.

La parte alega también que la Sala no se pronuncia sobre determinadas circunstancias moduladoras de la gravedad de la infracción y, por tanto, de la multa que debiera corresponder (apartado iv). Sin embargo, la valoración efectuada por la Sentencia impugnada en los fundamentos antes transcritos es suficiente y admisible aunque no contenga una expresa referencia a todas las circunstancias concurrentes, pues ello no significa que la Sala no haya efectuado dicha valoración global a la vista y consideración de todos los datos de hecho que ha considerado relevantes. La afirmación de la recurrente tan solo revela su discrepancia con la valoración efectuada por la Sentencia impugnada.

Finalmente, tampoco se vulnera el principio de proporcionalidad por no fijar el montante exacto de la multa o el porcentaje efectivo que debería aplicarse al volumen de negocios que corresponda (apartado v). La Sala ha rectificado los criterios que ha considerado erróneos de la resolución administrativa impugnada, ha desestimado las alegaciones adicionales de la parte y ha retrotraído las actuaciones para que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia fije el montante de la multa -tal como haremos también en esta Sentencia, según se verá-. El regulador de la competencia habrá de hacerlo siguiendo tales criterios y en la medida en que hemos entendido que los mismos no son contrarios al principio de proporcionalidad, tampoco lo es el mandato dado por el órgano judicial a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de atenerse a ellos.

OCTAVO .- Sobre el motivo séptimo, relativo al principio de igualdad.

En el último motivo, OCASA aduce la infracción del principio de igualdad y no discriminación garantizado en el artículo 14 de la Constitución, debido a que se le ha impuesto la mayor sanción entre las empresas multadas sin que exista justificación objetiva al respecto, así como por no fijar el importe concreto de la multa o el porcentaje a aplicar al volumen de negocio afectado por la infracción.

En ambos casos debe rechazarse la infracción del principio invocado. En cuanto a la primera alegación, porque el hecho de que la infracción haya consistido en un acuerdo colusorio entre varias empresas no impide que la Comisión Nacional de la Competencia haya valorado de forma individual y ateniéndose precisamente a las circunstancias particulares de cada una de ellas el montante concreto de la multa impuesta, lo que ha sido avalado por la Sala de instancia, aun con las correcciones que afectan al criterio relativo al ejercicio base para el cálculo de la multa y a la determinación del volumen de negocio. Del mismo modo, en modo alguno puede reputarse contrario al principio de igualdad el que en otros supuestos la Sala juzgadora haya fijado el montante de la multa. Ambas posibilidades son perfectamente válidas y es el órgano judicial el que en cada caso y según entienda que dispone de todos los datos o no, y según la complejidad técnica que puede acarrear un determinado cálculo, puede legítimamente optar por uno u otro procedimiento, sin que ello afecte al principio de igualdad ni implique discriminación en un sentido u otro.

NOVENO .- Sobre el primer motivo del recurso de casación del Abogado del Estado.

En el primer motivo de su recurso el Abogado del Estado denuncia la infracción de los artículos 1, 63.1.c) y 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con la determinación del importe de la multa impuesta, lo que en definitiva sería una infracción del principio de proporcionalidad. Las infracciones que el Abogado del Estado achaca a la Sentencia recurrida serían las siguientes: la determinación del importe de la multa en relación con el volumen de negocio en el mercado afectado en vez del volumen de negocio total de la empresa; el porcentaje del 10% del volumen de negocio afectado en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa no tiene la naturaleza que parece asignarle la Sentencia impugnada (un umbral de nivelación que sirve para reducir hasta el mismo el importe calculado en función de la gravedad y duración de la infracción); el mercado afectado por la infracción no es, en el marco de la Ley de Defensa de la Competencia, sino un criterio para graduar el importe de la sanción de multa; y, por último, el sistema de cuantificación de las multas, así



entendido, no atenta contra los principios de *lex certa*, taxatividad, certeza y seguridad jurídica, como parece suponer la Sentencia.

Las cuestiones planteadas por el Abogado del Estado han sido ya examinadas por esta Sala en la Sentencia de 29 de enero de 2.015 (RC 2.872/2.013) y han sido resueltas en sentido estimatorio en los siguientes términos:

" **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 conceptuado desde la perspectiva del Reglamento 1/2003 como "umbral de nivelación" ulterior para modular la incidencia negativa de las multas, una vez calculadas, sobre la economía de las empresas infractoras y evitar su desaparición, no resulta aplicable al sistema diseñado por la Ley 15/2007.

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



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

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

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

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

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

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

Las consideraciones expuestas son de plena aplicación al caso y conducen a la estimación del motivo en los mismos términos que se exponen en el fundamento décimo de la Sentencia que se ha reproducido. En

consecuencia, la noción de volumen total del negocio que se contempla en el apartado primero del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, al establecer las sanciones correspondientes a las infracciones leves, graves y muy graves, se refiere a la cifra total de negocio de la empresa infractora en todas sus actividades, comprendidas las de sus filiales y participadas, en este caso hasta el porcentaje que les corresponde. Por otra parte, los porcentajes de 1, 5 y 10 % de los tres tipos de infracciones, son el rango en que se pueden mover las correspondientes sanciones (0-1%, 0-5% y 0-10%), en función de la gravedad, duración y demás circunstancias moduladoras de la sanción que contempla el apartado 1 del artículo 64 (entre las que se encuentra las dimensiones y características del mercado afectado) y de las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en los apartados 2 y 3 del mismo precepto; no son los referidos máximos, en cambio, un umbral de nivelación, como sostiene también el Abogado del Estado.

La estimación del motivo, con las precisiones dadas en relación con el concreto caso de autos tanto en éste como en el fundamento de derecho séptimo, conducen a la casación de la Sentencia en lo que respecta a la cuantificación de la multa, procediendo retrotraer las actuaciones para que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia especifique el importe de la misma de conformidad con los criterios expuestos en este fundamento de derecho y en el séptimo. En el último fundamento de derecho precisamos el alcance del fallo.

Por otra parte, la estimación de este motivo hace innecesario considerar el segundo, cuyo fundamento es la supuesta desigualdad en la aplicación de la ley por parte de la Sala de instancia en lo que respecta al alcance del 10% del volumen de negocio al que se refiere el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con otras empresas sancionadas en el mismo expediente. Al estimar la casación y el recurso contencioso administrativo *a quo* en este punto y ordenarse que se aplique el criterio defendido por el Abogado del Estado, desaparece la diferencia de criterios que constituía la base del motivo segundo.

DÉCIMO .- Sobre el tercer motivo del Abogado del Estado, relativo a la motivación.

Sostiene el Abogado del Estado en el tercer motivo que la Sentencia es inmotivada, irrazonable y errónea en lo que respecta al reconocimiento a los recurrentes del derecho al abono de los gastos derivados de la garantía hipotecaria constituida en garantía del pago de la sanción en la cuantía correspondiente a la parte que se anula. La Sentencia impugnada se pronunciaba en esta cuestión en los siguientes términos:

" **UNDÉCIMO**.- La estimación del recurso conlleva en términos de plena jurisdicción (art.31.2 de la ley jurisdiccional), y al objeto de proporcionar una indemnidad total, la publicación del de la sentencia en la página web de la CNC a costa de dicha entidad, así como el abono de los costes de la garantía hipotecaria constituida en la parte correspondiente a la sanción que se anula, con los intereses legales, lo que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

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.* "

Sin embargo, pese a estimarse íntegramente el recurso respecto de SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES y parcialmente respecto de OCASA no puede olvidarse que los criterios tenidos en cuenta en la resolución impugnada han sido confirmados en anteriores ocasiones, dentro de los términos de debate de cada recurso, habiendo sostenido esta Sala diversos criterios sobre las cuestiones planteadas. En consecuencia, no procede la condena alguna en cuando al pago de las costas procesales." (fundamento jurídico undécimo)

No tiene razón el representante de la Administración, por cuanto si la sanción es anulada, es efectivamente consustancial al concepto de indemnidad, que se plasma tanto en el citado artículo 31.2 como en el 71.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, el que se indemnice al recurrente con los gastos derivados de una sanción anulada por contraria a derecho, como en definitiva lo son los costes ocasionados por el aval requerido para recurrir una sanción, y en el caso de anulación parcial, en lo que corresponde a la parte que se anula. La justificación que consta en el motivo y que se reproduce en el propio motivo no es ni insuficiente, ni irrazonable, y perfectamente ejecutable, pues no se trata sino de determinar una determinada cantidad, operación para la que el órgano judicial responsable de la ejecución cuenta con todos los datos necesarios.

Ahora bien, en el caso de autos, junto con la estimación parcial del recurso de la mercantil recurrente por parte de la Sentencia de instancia, que se mantiene en lo que respecta al ejercicio afectado como base para el cálculo de la sanción, hemos estimado el motivo primero del Abogado del Estado, y nos hemos pronunciado asimismo



en el fundamento de derecho séptimo -al hilo de las alegaciones de la empresa recurrente- sobre diversos criterios que habrán de ser tenidos en cuenta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el cálculo de la sanción. Todo ello quiere decir que la citada indemnización procederá sólo si la sanción resultante de la ejecución de la presente Sentencia es inferior a la originariamente impuesta.

UNDÉCIMO .- Conclusión y costas.

Tal como hemos indicado, procede estimar el primer motivo del recurso del Abogado del Estado en lo que respecta a la noción del volumen total de negocio, no en lo que respecta a su concepto como mero límite máximo. En consecuencia, y al igual que en la Sentencia en la que expusimos el criterio interpretativo de esta Sala, debemos resolver la litis en los términos en que viene planteado el debate en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Ley jurisdiccional y, en virtud de los criterios expuestos en los anteriores fundamentos de derecho, declaramos la nulidad de la resolución recurrida en lo que se refiere al importe de la multa, que ha sido calculado con criterios no ajustados a los términos de la Ley, dejando subsistentes los restantes términos de la misma.

Procede por tanto, mantener el fallo de instancia en cuanto ordena a la actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la fijación del importe de la multa, si bien de conformidad con los criterios legales, tal como han sido interpretados en esta Sentencia, en particular en sus fundamentos séptimo y noveno; ello supone mantener el criterio relativo al ejercicio de 2.010 como base de cálculo -lo que supuso una estimación parcial del recurso de la mercantil sancionada-, y aplicar los criterios sentados en los citados fundamentos, incluido el rechazo de los alegatos de la mercantil sancionada en cuanto a las circunstancias a tener en cuenta para la gradación de la sanción.

Procede también mantener el pronunciamiento del fundamento undécimo de la Sentencia impugnada sobre publicación de la Sentencia y abono de costes de la garantía hipotecaria relativos a la parte de la multa anulada, si bien en los términos incluidos en el fundamento décimo de esta Sentencia.

En lo que respecta a las costas, no procede su imposición ni en la instancia, habida cuenta de las dudas de derecho que suscitaba la litis, ni en la casación.

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

FALLAMOS

1. Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. contra la sentencia de 1 de octubre de 2.013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 688/2.011 .
2. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la misma sentencia tan sólo en lo que se refiere a la interpretación que el tribunal de instancia hace de la expresión "volumen total de negocios" inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 .
3. Procede mantener la estimación parcial, acordada por la Sala de instancia, del recurso contencioso administrativo 688/2.011, interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2.011 (expediente S/0226/10), en cuando declara la nulidad de la sanción de multa impuesta y ordena a la referida Comisión (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que la imponga conforme a Derecho. A estos efectos, el cálculo de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 según los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.
4. Se reconoce el derecho de la mercantil recurrente al abono de los gastos derivados de la constitución de la garantía hipotecaria en la cuantía correspondiente a la parte de la sanción que se anula, con los intereses legales correspondientes, en los términos indicados en el fundamento de derecho décimo de esta Sentencia.
5. Se reconoce a la recurrente el derecho a la publicación de esta sentencia en la página Web de la Comisión Nacional de la Competencia, y a costa de ésta última.
6. No se hace imposición de las costas procesales.

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.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado



Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ