



Roj: **STS 4035/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4035**

Id Cendoj: **28079130032015100284**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/09/2015**

Nº de Recurso: **496/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4926/2012,**
STS 4035/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil quince.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número **496/2013**, interpuesto por PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA SA (PADECASA), representada por la Procuradora D^a. Carmen Madrid Sanz, contra la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 635/11 . Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, en la representación que ostenta el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 635/11, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA SA (PADECASA), contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, en el expediente sancionador S/0226/10-Licitaciones de Carreteras, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, LDC .

SEGUNDO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva acuerda:

<< FALLAMOS: Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA SA, contra el Acuerdo dictado el día 19 de octubre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia. *Con condena al pago de las costas a la recurrente.* >>

Contra la referida sentencia, PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA SA preparó recurso de casación que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la mencionada entidad compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, presentó escrito de 1 de junio de 2011 de interposición del recurso de casación en el que expuso tres motivos de casación:

Primero.- Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , la sentencia impugnada infringe los arts. 37.2.e) , 38.1 de la LDC, 44.2 de LRJPAC , 12.1.b) y 12.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Sobre ampliación de plazos y suspensión del computo, los efectos del



silencio administrativo, falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio, y computo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión, por incongruencia de la sentencia.

Segundo.-Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA, la Sentencia impugnada infringe el art. 51.4 LDC, art. 20.3 del RDC aprobado por RD 1398/1993, art. 24 CE y el art. 6 del CEDH. Sobre nueva calificación de la infracción por la Dirección de Investigación y falta del trámite de alegaciones para las partes,

Tercero.- Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA, la Sentencia impugnada infringe el art. 64.1, letra d) LDC, al aplicar erróneamente en la cuantificación de la sanción los criterios relativos a la duración de la infracción.

Terminando por suplicar dicte Sentencia por la que, estimando el primero o el segundo de los motivos del recurso, case, anule y deje sin efecto la resolución recurrida, resolviendo de conformidad con el recurso interpuesto, acordando se declare la íntegra nulidad la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2012 (Expte: S/0226/10) por la que entre otros pronunciamientos se impone a PADECASA una multa de 946.235 €; o bien, subsidiariamente, y para el caso de que esta Sala considere que pese a lo expuesto, procede sancionar a mi representada, case y anule parcialmente la resolución recurrida y resuelva de conformidad con el tercer motivo de casación del recurso interpuesto, acordando reducir el importe de la condena aplicada en los términos y proporciones expuestos en los Fundamentos Jurídicos del tercer motivo de casación de este recurso.

CUARTO.- Admitido por Providencia de 17 de mayo de 2013 el recurso de casación, la Administración del Estado presentó su escrito de oposición suplicando dicte sentencia por la que desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida.

QUINTO.- Quedando las actuaciones pendientes de señalamiento, para votación y fallo se señaló el día 16 de junio de 2015, en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por la sociedad mercantil PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA SA (PADECASA), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2012 dictada en el recurso nº 635/11 en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida entidad contra el Acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0226/10, licitaciones de carreteras) en el que se impone a PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA SA (PADECASA) una multa por importe de 946.235 euros, como responsable de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Las consideraciones jurídicas que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo son del siguiente tenor literal:

<<[...] Las alegaciones sobre vicios en el procedimiento se fundamentan en primer lugar en la caducidad del expediente administrativo, porque en contra de la consideración de 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 recurrente de la interpretación conjunta de los artículos 37.1e) LDC y 12.1.b) RDC en relación con el 12.2 RDC la CNC está 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 dió lugar a la suspensión. Y en este caso, la sucesión de hechos es la siguiente:

- El procedimiento sancionador se inició el día 18 de febrero de 2010.
- El 19 de julio se dicta acuerdo suspendiendo 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 y actuaciones complementarias"*.
- El día 31 de agosto notifica a PADECASA que dispone de un plazo de 10 días para presentar alegaciones.
- Este plazo se amplió en 5 días hábiles para que PADECASA realizara el trámite por acuerdo de 8 de septiembre de 2011.
- El día 17 de septiembre finalizaba este plazo de 15 días.

Considera la actora que la suspensión finalizaba ope legis el día 17 de septiembre de 2011 y no el día 26 de septiembre de 2011 en que se dicta el acuerdo levantando la suspensión por la CNC. Y concluye que para la actora el procedimiento habría caducado porque en las descritas circunstancias, el plazo de 18 meses debe



ampliarse, para PADECASA, en 1 mes y 28 días naturales, que finalizan el 16 de octubre de 2011, siendo así que la resolución le fué notificada el día 20 de octubre, y por tanto, en un expediente caducado.

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.

[...] En segundo lugar se alega que se ha cambiado la calificación de la infracción imputada a PADECASA sin someterse al preceptivo trámite de alegaciones.

En este caso la propuesta de resolución había considerado que existían 14 cárteles distintos y 14 infracciones, de las que PADECASA habría participado en 2, y la resolución impugnada condena por un único cartel 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 los 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.

[...] La actora considera que la resolución debe ser anulada por haber sido dictada en un procedimiento sancionador que no ha garantizado el derecho de PADECASA a ser informada de los elementos esenciales de la acusación. En concreto considera que la Propuesta de Resolución no ha garantizado a PADECASA su derecho a ser informada de los elementos esenciales de la acusación pues no se incluyó ni la duración de las conductas, ni el mercado afectado o los efectos atribuidos a dichas conductas, privándole así de conocer durante el procedimiento el sentido concreto de la imputación relativa a esos elementos para calcular la sanción que se le ha impuesto.

Como ya ha establecido esta Sala en anteriores sentencias, confirmadas por el Tribunal Supremo (entre otras la de 11 de mayo de 2000 confirmada por la de 11 de mayo de 2004) basta con que la Propuesta de Resolución indique los hechos, preceptos infringidos y posibles sanciones, incluso simplemente por remisión a los preceptos de aplicación. No es preciso ni exigible en este trámite una resolución equivalente a la sancionadora.

El derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías de defensa, que se constituye como derecho fundamental del ciudadano a un procedimiento justo y equitativo frente a los poderes coercitivos de la Administración, en que se respeten los derechos de defensa con interdicción de indefensión, en una



interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la Constitución y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, engloba, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, al derecho a no ser sancionado sin ser oído y, a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, que excluye la admisibilidad y apreciación de pruebas ilícitas, y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora. En este caso, la Propuesta de Resolución contenía los elementos fundamentales de la acusación, específicamente los hechos imputados y la calificación jurídica de los mismos, no apreciándose que se haya producido la infracción del derecho de defensa denunciada.

[...] 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, especialmente porque la CNC habría extrapolado a PADECASA elementos de juicio que no guardan relación alguna con ella y que afectan a otras compañías. Sostiene que la prueba indiciaria no admite la presunción horizontal o "por ósmosis" aplicando a un tercero las conclusiones obtenidas en relación a otros.

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 se celebraron reuniones de la actora 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 que ofertas planeaban presentar a los concursos a los que habían sido invitadas. El resultado fué 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, consistente con la anterior.



- Documento manuscrito de PADECASA, obrante a los folios 1108 a 1112 del que resultan: pacto de las bajas, modo de repartir el importe obtenido mediante la elevación de la baja más alta, modos de pagar las diferencias resultantes a favor de cada participante en el cartel, empresas participantes en el reparto.
- 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.
- Participación en 2 licitaciones (32-SO-2940 y 4.1-BU-29) y en 2 reuniones (16 de diciembre de 2008 y 16 de junio de 2009).
- 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).

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

Por medio de este conjunto de indicios se acredita que la hoy actora participó en las dos reuniones de las que se ha obtenido documentación, tomó parte en dos licitaciones analizadas, y aparece mencionada en los documentos de los que resulta la existencia del cartel.

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 solo resultase invitada en dos de las licitaciones, no excluye su participación en el cártel, que, como razona la resolución impugnada, es único y continuado. La Sala considera especialmente relevante la aparición del documento manuscrito de PADECASA, obrante a los folios 1108 a 1112 del que resultan: pacto de las bajas, modo de repartir el importe obtenido mediante la elevación de la baja más alta, modos de pagar las diferencias resultantes a favor de cada participante en el cartel, empresas participantes en el reparto. Se remite este Tribunal expresamente a los hechos descritos en el apartado "*Documentación relevante*" subapartados 119 a 123, y al archivo excel de Excavaciones Saiz (folio 1106) así como, fundamentalmente, su asistencia a las dos reuniones (folios 7, 1106 y 2397, y folio 1111 respectivamente).

[...] La actora alega con carácter subsidiario que la cuantificación de la sanción de 946.235 euros impuesta a la actora es errónea.

En primer lugar por una indebida consideración del mercado relevante afectado. En segundo lugar por un error en la determinación de la duración de la infracción, y por último, arbitrariedad en la cuantificación de la sanción por no estar esta debidamente individualizada.

La CNC en la resolución impugnada parte de la base de la gravedad de las conductas sancionadas, y recuerda que según el artículo 63.1. letra c) pueden ser multadas las empresas responsables de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la ley 15/2007 "*con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*".

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



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

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

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

La CNC ha razonado que *"La infracción es muy grave y ha tenido efectos que han sido constatados. Como muchas de las partes alegan, es cierto que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el coeficiente de sanción. Pero también es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en que ha participado cada empresa. Por ello, se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%."*

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

En relación con la alegada corrección de errores, el examen del expediente administrativo permite comprobar que la ahora actora se dirigió a la CNC en los siguientes términos:

"Mediante escrito de fecha de 5 de octubre de 2010, PADECASA facilitó a la CNC los datos de facturación correspondientes a licitaciones públicas para la construcción, mejora, rehabilitación y reposición de firmes y plataformas (4,42 millones de Euros para 2008 y 13,24 millones de Euros para 2009). Por escrito de 23 de agosto de 2011, del cual se adjunta copia como Anexo 1, PADECASA facilitó los datos desglosados de facturación de los años 2008 y 2009 correspondientes a la construcción de firmes y plataformas y aportó copia de las correspondientes facturas giradas a la Administración contratante. PADECASA sólo desglosó como correspondiente a actividades de construcción las cantidades justificadas por facturas, y no otras ."

El desglose de las cifras se resumen en el siguiente cuadro, incluido en el citado escrito de 23 de agosto de 2011:

Ejercicio/ 2008€

Volumen total de ventas sin IVA antes de impuestos correspondiente licitaciones públicas correspondientes a obras de mejora, conservación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (i.e., dato facilitado a la CNC el 5.10.2010).

Ventas

4.422.709,36 en el 2008 y 13.241.255,75 en el 2009

Ejercicio/ 2009€

Volumen de ventas sin IVA antes de impuestos correspondiente únicamente a licitaciones públicas para la construcción (obra nueva) de firmes y plataformas.

Ventas

2 64.087,35 en 2008 y 176.431,54 en 2009 (fuente: Escrito de PADECASA al Consejo, de 23.8.2011,p.2)

Se desprende de lo anterior que la facturación que ha tomado en cuenta el Consejo a la hora de calcular el importe básico de la sanción de PADECASA es la siguiente:

2008: 4.422.709,36 - 264.08J,35: 4.158.622,01 Euros

2009: 13.241.255,75 - 176.431,54: 13.064.824,21 Euros

En cuanto al periodo temporal relevante, la Resolución lo explica como sigue:

"Para el cálculo del volumen de ventas afectado y a la vista de las fechas de convocatoria y adjudicación de las licitaciones para las que la colusión se ha acreditado, se toma en cuenta el volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de carretas de la siguiente forma:

1.1 Para las empresas que han participado en las licitaciones adjudicadas en 2009 acordadas en la reunión de 16 de diciembre de 2008, se toma el importe o equivalente a un mes de facturación de 2008 (prorrateando entre 12 el volumen de ventas de ese ejercicio) y el volumen de negocios de 2009. [...]"

(p.122)

Esta es la regla que se aplica a PADECASA, al declarar probada la Resolución su participación en las licitaciones de Soria y Burgos (32-30-2940 y 4.1-BU-29), adjudicadas ambas en 2009 y una de ellas supuestamente acordada en la pretendida reunión de 16 de diciembre de 2008. Por lo tanto y por 1o que se refiere a PADECASA, el Consejo ha tomado en cuenta los siguientes importes:

2008: equivalente a un mes de facturación (prorrateo entre 12) 4.158.622,01 | 12: 346.551,83 Euros

2009: volumen de negocios íntegro 13.064.824,21 Euros

Por último, y al comprender dos ejercicios distintos (2008 y 2009), la Resolución aplica la regla de ponderación prevista en la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones:

"Así considerado el volumen de ventas afectado y aplicando los coeficientes de ponderación previstos en la Comunicación en función de la duración, obtenemos el volumen de ventas total del periodo (ya ponderado por los coeficientes de duración) que se recoge en el cuadro adjunto para cada una de las empresas responsables de la infracción" (p. 122)

En este sentido, el apartado 15 de la Comunicación sobre cuantificación de las sanciones establece que:

"El importe básico de la sanción aumentará con la duración de la infracción. El peso relativo de cada año adicional de infracción será decreciente con la duración. Así, el volumen de ventas correspondiente al último año de infracción será computado en su totalidad, mientras que los de las ventas de años anteriores se ponderarán de acuerdo con los valores siguientes:

Ventas correspondientes al año Ponderación (ai)

1 1,00

2 0,75

3 0,50

4 0,25

5 0,15

6 0,10

7 y siguientes 0,05

El último año de infracción (2009) tiene por tanto un coeficiente de ponderación de 1, y el año anterior (2008) un coeficiente de 0,75.

Por 1o tanto, el importe de facturación de 2008 que ha tomado en cuenta la Resolución para PADECASA asciende a 259.913.87 Euros (346.551,83 x 0.75). En suma, el importe básico de la sanción para PADECASA a 13.324.738 Euros (13.064.824,21 + 259.913.87 Euros)

Finalmente, y para calcular la sanción, la Resolución aplica sobre el importe básico de PADECASA un porcentaje del 7% (pag 125), al considerar acreditado que esta parte ha participado en dos licitaciones. El importe resultante es, por tanto, de 932.731 Euros (13 324.738 | Euro X 7 %).

Pues bien, la sanción impuesta a PADECASA en la parte dispositiva de la resolución (pág. 129 sexta línea por el final) es de 946.235 Euros en lugar de la resultante de la aplicación de la metodología de la propia Resolución (932.731 Euros)."



La CNC a su vez contestó al escrito en los siguientes términos:

"Mediante escrito de fecha de 5 de octubre de 2010, PADECASA facilitó a la CNC los datos de facturación correspondientes a licitaciones públicas para la construcción, mejora, rehabilitación y reposición de firmes y plataformas (4,42 millones de Euros para 2008 y 13,24 millones de Euros para 2009). Por escrito de 23 de agosto de 2011, PADECASA facilitó los datos desglosados de facturación de los años 2008 y 2009 correspondientes a la construcción de firmes y plataformas y aportó copia de las correspondientes facturas giradas a la Administración contratante (264.087,35€ en 2008 y 176.431,54€ en 2009).

PADECASA considera que el Consejo ha cometido un error material o aritmético al no haber tenido en cuenta estos importes y descontarlos a efectos del cálculo del importe básico de la sanción.

Como expone el Consejo en su Resolución de 19 de octubre de 2011 " No se ha procedido a ninguna minoración [del volumen de ventas afectado] cuando las partes han presentado desgloses no justificados, ajenos a la construcción..."En el caso de PADECASA el Consejo ha considerado que no resulta de aplicación ninguna minoración puesto que las facturas aportadas no evidencian en su concepto que se trate de obras de construcción, que constituye el criterio excluyente respecto al volumen de ventas en su día declarado como facturación correspondiente a licitaciones públicas para la construcción, mejora, rehabilitación y reposición de firmes y plataformas."

Resulta en consecuencia que la CNC justificó las razones por las que no se ha tomado en consideración la nueva cifra de negocios que la actora pretende constituya la base de cálculo de la sanción, motivación que no ha sido eficazmente combatida en esta sede jurisdiccional por la recurrente con la consiguiente desestimación de esta pretensión.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso.>>

SEGUNDO .- El recurso de casación formulado por la mercantil <<PADECASA>> se articula en tres diferentes motivos. En el primero de los motivos se formula al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional y en el se denuncia la infracción de los arts.37.1.e) y 38.1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia, del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, y 12.1.b) y 12.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, al apreciar erróneamente la sentencia la ausencia de caducidad del expediente administrativo sancionador, dado que la Comisión Nacional de la Competencia debió levantar la suspensión al acabar el plazo máximo otorgado y no al llegar a su poder el último de los escritos presentados.

En el segundo motivo, acogido al cauce del artículo 88.1.d) LJCA , la recurrente aduce que la sentencia impugnada infringe el art. 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia y el art. 20.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1993 , en relación con el art. 24 CE y el art. 6 del CEDH , así como de la doctrina contenida en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012 (Rec. nº 5106/2009), y en la del Tribunal Constitucional, Sala Primera , nº 59/2004, de 19 de abril de 2004 (Rec. nº 3749/2000).

En el tercer motivo, acogido al cauce del art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional se denuncia la infracción de la letra d) del art.64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , al aplicar erróneamente en la cuantificación de la sanción los criterios relativos a la duración de la infracción.

TERCERO.- Se aduce en el primer motivo de casación, la vulneración del artículo 37.1 e) , 38.1 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 44.2 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y lo dispuesto en los artículos 12.1.b) y 12.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Argumenta la parte recurrente que la sentencia considera que el período de suspensión abarca no sólo aquel relacionado con la práctica de la prueba, sino también, todo el tiempo en el que se desarrollaron las alegaciones sobre su valoración. La Comisión Nacional de la Competencia incluyó dentro del período de suspensión el período concedido para que las partes formularan alegaciones, en contra de lo dispuesto en el artículo 12.2 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". Por consiguiente afirma la parte- la Comisión Nacional de la Competencia debió levantar la suspensión al finalizar el plazo máximo otorgado, esto es, el 17 de septiembre de 2011 y no al llegar a su poder el último de los escritos presentados por dos de los imputados (folios 11523 y 11509) que tuvieron entrada el día 26 de septiembre de 2011.

Pues bien, el planteamiento sobre el período de la suspensión y la incorporación de las alegaciones o actuaciones complementarias en relación a la caducidad del expediente sancionador ha sido abordado por esta Sala Tercera en la Sentencia de 3 de febrero de 2015 (RC. 3854/2013). En ella rechazamos el motivo



de casación sustentado en similares argumentos, que los que ahora suscita la mercantil <<PADECASA>> y declaramos que el plazo de interrupción contemplado en los mencionados preceptos se mantiene hasta que finaliza el incidente probatorio, que incluye las alegaciones de las partes.

Dijimos en nuestro pronunciamiento:

<<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.>>

Con arreglo a nuestro criterio y por las mismas razones expuestas, procede desestimar el motivo casacional, por cuanto la Sala no infringió los preceptos invocados al incluir en el plazo de suspensión el tiempo correspondiente a la incorporación de las alegaciones de todas las partes correspondientes a la valoración probatoria.

CUARTO.- El segundo motivo de casación articulado por el cauce del art. 88.1.d) LJCA, considera que la sentencia impugnada infringe los artículos 51.4 LDC y 20. del RDC aprobado por R.D.1398/1993, art. 24 CE y el art. 6 del CEDH, relativos a la nueva calificación de la infracción por la Dirección de Investigación y la ausencia de un trámite de alegaciones para las partes. Se invoca la existencia de indefensión material por la ausencia de un trámite de audiencia después del cambio introducido en la calificación de la infracción.

El motivo debe ser desestimado por las razones que ya expusimos en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2015 (casación 3854/2013), en la que dábamos respuesta a un motivo de casación en el que la entidad allí recurrente también denunciaba que durante el procedimiento se había producido un cambio en la calificación de los hechos. En el cuarto de los fundamentos jurídicos de la reseñada sentencia dijimos:

<< (...) 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.>>

Sin necesidad de añadir ahora ninguna otra consideración, el motivo debe ser desestimado por las mismas razones dadas en aquella ocasión anterior y que acabamos de reproducir.

QUINTO. - En el tercer y último motivo se aduce la infracción del artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, en concreto, de su apartado d) que establece como criterio de graduación de las sanciones el de la duración de la infracción. Considera la recurrente que se ha producido un error en la cuantificación de la sanción impuesta a la sociedad <<PADECASA>> ya que el criterio de duración de la infracción no fué correctamente valorado por la Comisión y la sentencia considera correctos <<los criterios de proporcionalidad aplicados por la Comisión Nacional de la Competencia>> .

En el desarrollo argumental del motivo expone dicha mercantil que la resolución impugnada considera que la duración de la única infracción cometida para todos los imputados se habría extendido durante dos años con independencia de que durante este tiempo los imputados hubiesen participado en una o en catorce de las licitaciones que se desarrollaron durante ese período. La Comisión reconoce en su resolución que <<PADECASA>> únicamente participó en dos licitaciones -continúa la parte- teniendo como criterio <<la duración real del acuerdo que habría tenido lugar en cada licitación, debería haber dado como resultado, que el valor temporal de la ecuación para el cálculo de la sanción se hubiera establecido en siete días, frente a los dos años, que fija como factor la Comisión Nacional de la Competencia>> . Refiere que la infracción de la obra de Soria supondría una duración total de seis días y la de Burgos de un día, debiendo por tanto, limitar <<en cada caso concreto el período de tiempo a apreciar por la resolución impugnada al período concreto de duración de



los acuerdos en los que realmente se ha participado, sin extenderla a los posteriores efectos sobre el mercado afectado>>, siendo así que la resolución no toma en cuenta la concreta duración de los dos acuerdos en los que habría participado supuestamente la recurrente, sino la de sus efectos en el mercado.

Pues bien, en lo que se refiere al argumento relativo a la duración de la infracción, la Comisión razona que la diversidad de las empresas participantes en este mecanismo colusorio y el hecho de que no estén todas las empresas en todas las licitaciones no impide mantener la calificación de la infracción como única, exponiendo las razones de tal apreciación. Razona la Comisión que se trata de un mecanismo que opera repetidamente, con el mismo objeto y bajo las mismas pautas, en diversas licitaciones, sin perjuicio de que varíe el órgano que convoca la licitación o el territorio de la obra. Con independencia de que el mecanismo colusorio da lugar a diferentes acuerdos, para cada licitación, <<cada uno de los acuerdos es parte de la estrategia única>>. La Comisión parte de que los acuerdos sancionados operan como un continuo, en cuanto se trata de un mecanismo que permite alterar el importe de las bajas de las licitaciones en beneficio de las empresas. Todo ello, sin perjuicio de que a cada empresa deba atribuírsele una duración específica a los efectos de la imputación del volumen de ventas afectado para el cálculo del importe básico de la sanción, como se desprende del fundamento sexto de la resolución sancionadora en la que se indica que la recurrente debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones de Burgos y Soria. En fin, las consideraciones incluidas en la resolución sancionadora resultan plenamente razonables y el concreto argumento carece de relevancia en la medida que dicha participación se pondera en la propia resolución sancionadora.

No obstante, y dado que también suscita la recurrente la cuestión de la proporcionalidad de la sanción, como ya lo hiciera en términos más amplios en la instancia, debemos acudir a nuestros criterios jurisprudenciales en orden a la cuantificación de la sanción.

Ya dijimos en nuestra sentencia de 16 de junio de 2015, en el recurso de casación 1036/2013 , que hace referencia a la sentencia antes mencionada de 3 de febrero de 2015 en el recurso de casación 3854/13 , lo siguiente:

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

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

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

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

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

En efecto, aunque desde perspectivas no siempre coincidentes, en repetidas ocasiones ha sido suscitada ante esta Sala la cuestión relativa a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad en la cuantificación de las sanciones en materia de defensa de la competencia, lo que nos ha llevado a interpretar y aplicar los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , poniéndolos en relación con el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Por ello, consideramos procedente reproducir aquí las consideraciones que



expusimos en nuestra sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), que luego hemos reiterado en diversas ocasiones -pueden verse, entre otras, las dos sentencias de 30 de enero de 2015 dictadas en los recursos de casación 1580/2013 y 1746/2014-.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



caso de las que se pueden imponer a las personas jurídicas tiene como base una cuota diaria con un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Las consideraciones expuestas en el apartado anterior -que reproducen las dictadas en nuestra sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013)- llevan a concluir que procede estimar el motivo de impugnación que formula la representación de PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA SA (PADECASA), por no ser ajustados a derecho los criterios de cuantificación de la multa aplicados por la Comisión Nacional de la Competencia y confirmados en la sentencia recurrida.

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



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

Y una vez anulada la sanción, procede ordenar a la Comisión Nacional de la Competencia -ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia- que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, en el bien entendido de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, que hemos ofrecido en esta sentencia, siendo límite máximo del importe de la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa en el año 2010 (ejercicio inmediatamente anterior al de la fecha de la resolución), y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de la multa (946.235 euros) que ahora se anula.

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

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

FALLAMOS

Primero.- HA LUGAR al recurso de casación número **496/2013**, interpuesto por PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA SA (PADECASA), contra la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 635/11, que ahora queda anulada y sin efecto en lo que se refiere a la cuantía de la multa en la resolución administrativa enjuiciada.

Segundo.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA SA (PADECASA), contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente S/0226/10, licitaciones de carreteras), anulando la multa que allí se impone a la recurrente por importe de 946.235 euros, ordenándose a la Comisión Nacional de la Competencia -ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia- que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, con la indicación de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 que hemos hecho en esta sentencia, siendo límite máximo del importe de la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa en el año 2010; y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de la multa que ahora se anula.

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

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