



Roj: **STS 4503/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4503**

Id Cendoj: **28079130032020100309**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/12/2020**

Nº de Recurso: **4038/2019**

Nº de Resolución: **1822/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1378/2019,**
ATS 4097/2020,
STS 4503/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.822/2020

Fecha de sentencia: 30/12/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **4038/2019**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: **4038/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1822/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

En Madrid, a 30 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **4038/2019**, interpuesto por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 26 de marzo de 2019 en el recurso contencioso-administrativo número 585/2015. Son partes recurridas Innovaciones del Mediterráneo, S.A. (IMSA), representada por la procuradora D.^a María Isabel Campillo García y bajo la dirección letrada de D. Ramón Roma Valdés, y Seat, S.A., representada por el procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero y bajo la dirección letrada de D.^a Irene Moreno-Tapia Rivas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 26 de marzo de 2019, por la que se estimaba en parte el recurso promovido por Innovaciones del Mediterráneo, S.A. (IMSA) contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 28 de mayo de 2015, por la que se resolvía el expediente S/0471/13. En dicha resolución se declaraba que la demandante era responsable, con otras muchas empresas, de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia por su participación en el cártel de concesionarios de las marcas Audi y VW de la zona Andalucía desde febrero a julio de 2010, imponiéndosele una multa de 101.516 euros.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

"1. **Estimar en parte** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Isabel Campillo García en nombre y representación de **INNOVACIONES DEL MEDITERRÁNEO, S.A. (IMSA)**, contra la resolución de 28 de mayo de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0471/13, mediante la cual se le impuso una sanción de 101.516 euros de multa.

2.- Anular el apartado tercero de su parte dispositiva en el particular relativo a la imposición a IMSA de una multa de 101.516 euros, por ser en este extremo contraria a Derecho.

3.- No hacer expresa imposición de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 10 de junio de 2019, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 19 de junio de 2020 por el que se admite el recurso de casación, declarando que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar cuál es el alcance que ha de atribuirse a la circunstancia de no haberse podido cuantificar directamente el volumen de negocios de la entidad infractora, correspondiente al año inmediatamente anterior a la fecha de la resolución sancionadora.

En el referido auto se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los apartados 1 y 3 del artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras normas que considere de aplicación.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, desarrollando en el correspondiente escrito sus alegaciones. Finaliza el mismo con la solicitud de que se estime el recurso de casación, fijando la interpretación de las normas y jurisprudencia invocadas en el aspecto que ofrecen interés casacional objetivo de acuerdo con lo sostenido en el recurso, y anulando la sentencia



recurrida en todo caso, dictándose en su lugar sentencia por la que se ordene a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recalcular la sanción según la interpretación que resulte del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, y con imposición de costas.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a las partes recurridas, habiendo presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición la representación procesal de Innovaciones del Mediterráneo, S.A., en el que suplica que se dicte sentencia que desestime íntegramente el recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

La representación procesal de Seat S.A. no ha presentado escrito cumplimentando el trámite.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 5 de noviembre de 2020 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 15 de diciembre del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado impugna en el presente recurso de casación la sentencia dictada el 26 de marzo de 2019 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia de sanción por infracción del derecho de la competencia. La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la sociedad mercantil Innovaciones del Mediterráneo, S.A. (IMSA) y anuló la resolución de la sala de competencia del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia que le había impuesto, junto con otras empresas, una multa por valor de 101.516 euros por su participación en un cartel en el mercado de distribución de vehículos de motor.

La sentencia funda la estimación del recurso en la imposibilidad de cuantificar la multa en los términos del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, al no ser posible cuantificar el volumen de negocios de la mercantil recurrente del ejercicio anterior al año de imposición de la multa, por haber sido adquirida por otra empresa.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 19 de junio de 2020, declarando que tiene interés casacional determinar cuál es el alcance que ha de atribuirse a la circunstancia de no poder cuantificar directamente el volumen de negocios de la entidad infractora correspondiente al año inmediatamente anterior al de la resolución sancionadora.

El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, alega que es correcta la forma en que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia calculó la cuantía de la multa o, en su defecto, que podría hacerse también recurriendo al último año en que la empresa sancionada tuvo actividad mercantil. La mercantil IMSA defiende la corrección jurídica de la sentencia impugnada.

El asunto se delibera conjuntamente con el 4803/19, en el que la Administración del Estado impugna otra sentencia de la misma Sala de instancia y en el que se plantean cuestiones análogas.

SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia justifica la estimación del recurso en los siguientes razonamientos jurídicos:

" **NOVENO.**- Una vez acreditada la participación de IMSA en los acuerdos anticompetitivos que se sancionan, procede plantearse cual sea el alcance que ha de atribuirse al hecho de que la entidad actora no tuvo volumen de negocios en el año 2014 por haber traspasado sus activos a la entidad, también sancionada, SAFAMOTOR,S.A.

Es este un hecho reconocido por la misma CNMC que dedica el séptimo de los fundamentos de derecho de la resolución recurrida a analizar las consecuencias que de ello han de seguirse, y razona al respecto lo siguiente:

"En el caso de las mercantiles SAFAMOTOR, IMSA y TIMSA, la primera adquirió los activos de las dos segundas el 17 de septiembre y el 15 de noviembre de 2013, respectivamente. Como consecuencia de tal operación, SAFAMOTOR adquirió los vehículos nuevos y usados, las piezas de recambio, herramientas, maquinaria y resto de inmovilizado relacionado con la actividad de concesión realizada por IMSA y por TIMSA, las cuales cesaron en su actividad como concesionarios. Esta Sala de Competencia, como se desarrolla en el siguiente Fundamento, procede al cálculo de las correspondientes multas atendiendo al volumen de negocio total de cada empresa sancionada en el ejercicio anterior (2014). Para el caso de las empresas SAFAMOTOR, IMSA y TIMSA se procede al cálculo de sus multas tomando en consideración el hecho de que la primera ha adquirido los activos de las segundas en septiembre y noviembre de 2013. De esta forma, se atiende al volumen total de

negocio de SAFAMOTOR en el año 2014, restando la parte procedente del volumen de negocios generado como consecuencia de la integración de IMSA y TIMSA. A su vez, las multas a IMSA y TIMSA se calculan atendiendo al volumen de negocios generado en el año 2014 correspondiente a las provincias en las que desarrollaban su actividad y en las que SAFAMOTOR no operaba antes de la operación de adquisición de activos. No obstante, respecto de las multas de IMSA y TIMSA, SAFAMOTOR responde solidariamente en su condición de adquirente de las mismas".

Pues bien, no podemos compartir este criterio que ignora de forma palmaria lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, de 12 de julio, de Defensa de la Competencia, según el cual "1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

(...)

c) Las infracciones muy graves 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".

Como la recurrente pone de relieve en su demanda, IIMSA no facturó cantidad alguna en el año 2014 puesto que sus activos -vehículos nuevos y usados, piezas de recambio, herramientas, maquinaria y resto de inmovilizado relacionado con la actividad de concesión - fueron adquiridos por SAFAMOTOR en noviembre de 2013, circunstancia reconocida por la CNMC y que determinó el cese de IMSA como concesionario.

La posibilidad de imponerle una multa decae entonces pues no hay base alguna sobre la cual calcular el tipo sancionador ni, por ende, determinar el importe de la sanción.

Desde luego, el mecanismo de que se ha valido la CNMC para atribuirle un volumen de negocios en el año 2014 (la resolución atiende al volumen total de negocio de SAFAMOTOR en ese año, del que resta la parte procedente del volumen de negocios generado como consecuencia de la integración de TIMSA; y determina la multa de esta en atención al volumen de negocios generado en el año 2014 correspondiente a las provincias en las que IMSA desarrollaba su actividad, y en las que SAFAMOTOR no operaba antes de la adquisición de activos), carece de cobertura en la Ley y no puede ser validado pues, además de apartarse del criterio establecido en el artículo 63.1 de la LDC con carácter imperativo, es consecuencia de una interpretación claramente perjudicial para la entidad sancionada que se ve penalizada con la asignación de una cifra de negocios en el año 2014 del todo ficticia, cuya única finalidad es poder imponerle una multa para lo cual falta, con arreglo a la estricta aplicación de la Ley, un elemento imprescindible como es la base sobre la que aplicar el tipo sancionador.

Resulta obligado entonces anular la resolución en lo relativo a la imposición de la multa a la entidad recurrente, confirmando los restantes pronunciamientos que contiene una vez acreditada, como hemos visto, la participación de IMSA en los hechos que se le imputan."

TERCERO.- Sobre la previsión legal para determinar el importe de la sanción.

Como se deduce del razonamiento de la Sala de instancia que se acaba de reproducir, la anulación de la multa se basa en el tenor literal del artículo 63.1.c) de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 12 de julio) que establece que las infracciones muy graves pueden ser sancionadas con "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa". Según la Sala juzgadora, la imposibilidad de determinar dicha cifra base, supone que falta un elemento esencial para la actuación sancionadora, cual es la predeterminación de la sanción.

Sin embargo, el razonamiento de la Sala sentenciadora omite toda consideración del apartado 3 del indicado artículo 63. El texto completo del precepto es del siguiente tenor literal:

" **Artículo 63. Sanciones.**

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

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

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

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



El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

3. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

- a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.
- b) Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros.
- c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros."

Del precepto que se acaba de reproducir se deriva que en ningún caso se produce un vacío normativo en cuanto a la predeterminación de la sanción en el caso de que no sea posible por cualquier circunstancia determinar el volumen de negocio en el ejercicio anterior, como ocurre en el presente asunto. Es claro, por otra parte, que se trata de una previsión de cierre y que la determinación principal del apartado 1, de utilizar como parámetro el volumen de negocio tiene una finalidad de acomodar la sanción al principio de proporcionalidad, de tal forma que haya una correlación entre la cuantía de la sanción y la capacidad económica de la empresa sancionada. O, dicho en otros términos, que posea capacidad disuasoria sin incurrir en una desproporción respecto a la entidad económica de la sociedad infractora.

En el caso de autos hay una gran distancia entre la previsión normativa de cierre (multa de más de 10 millones de euros para las infracciones muy graves) y la efectivamente impuesta por el regulador, que ascendía a 101.516 euros. Para llegar a esta cifra la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia utilizó un procedimiento indirecto con el que pretendía subsanar la imposibilidad de utilizar la cifra base prevista en la Ley, el volumen total de negocios del año anterior al de la imposición de la sanción. Conviene por tanto examinar las circunstancias que impedían tomar como base de la multa el volumen de negocio de la empresa infractora y el procedimiento empleado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para superar esa dificultad, al objeto de valorar las consecuencias de aplicar la estricta previsión legal estipulada en el apartado 3 del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia. Todo ello, como es evidente, sin entrar todavía en este punto de la argumentación en la necesidad de respetar en todo caso el principio de prohibición de una eventual *reformatio in peius*.

El hecho es, tal como lo expone la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y recoge la Sala de instancia en el fundamento reproducido *supra*, que la mercantil SAFAMOTOR, también sancionada por participar en el cartel, adquirió los activos de IMSA el 17 de septiembre de 2013 (al igual que poco después los de otra mercantil, IMSA, igualmente sancionada y parte demandada en el citado recurso de casación 4803/2019). Ello supone que la mercantil IMSA no desarrolló ya actividad alguna en 2014, por lo que, habiéndose adoptado la resolución sancionadora en mayo de 2015, resultaba imposible emplear en términos literales la previsión legal de calcular la multa tomando como referencia el volumen total de negocios de la empresa infractora del año anterior, en el que ya no operaba como tal empresa. El procedimiento al que recurrió la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia fue emplear el volumen de negocio de la empresa adquirente SAFAMOTOR en aquellas provincias en las que ésta no tenía actividad antes de la adquisición, por lo que dicho volumen podía atribuirse íntegramente a la empresa adquirida, IMSA (el mismo procedimiento se empleó para calcular el volumen de negocios de TIMSA). Aunque dicho procedimiento es razonable y posiblemente beneficioso para las empresas infractoras desaparecidas, lo cierto es que ni es lo previsto en el artículo 63.3 de la Ley de Defensa de la Competencia ni sigue el mismo criterio de cálculo.

El Abogado del Estado invoca por analogía la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto la sentencia de 7 de junio de 2007 (asunto C-76/06, Britannia Alloys & Chemicals Ltd), aun admitiendo que no se trata de un criterio vinculante. En efecto, como recuerda el propio Abogado del Estado, en la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 examinamos con detenimiento el sistema de cálculo de las sanciones implantado en el artículo 23 de la Ley de Defensa de la Competencia y su diferencia con el previsto en el artículo 23.2.a) del Reglamento europeo (CE) 1/2003. Y en ese examen, que tenía por causa una problemática distinta a la que ahora nos ocupa, dijimos, recogiendo la propia doctrina del Tribunal de Justicia, 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 la mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que -hasta



ese momento- no son objeto de una regulación armonizada"; y, más adelante, "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".

En aquel análisis poníamos de relieve la diferente finalidad y sentido que el límite del 10% del volumen de negocio recibía en la norma comunitaria y nacional. En efecto, en el reglamento comunitario se constituye un límite máximo a la sanción, externo y posterior a la determinación de la misma - impropriamente denominado "umbral de nivelación"-, que se fijaría con arreglo a otros criterios; en el caso español, por el contrario, es un elemento del propio procedimiento de determinación de la sanción que afecta a las sanciones muy graves (al igual que el 1 y el 5 por ciento respecto a las sanciones leves y graves, respectivamente), pues marca el límite superior del tramo o intervalo de la sanción, de conformidad con el habitual mecanismo de determinación de las sanciones en derecho penal y sancionador nacional.

Pues bien, dicha problemática es ajena al presente supuesto, en el que la cuestión que nos ocupa es la dificultad de aplicar ese límite máximo del tramo previsto para las sanciones muy graves del diez por ciento del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior a la resolución sancionadora, dado que ésta ya no operaba en dicho año. Y, aun advirtiendo del diferente uso del concepto de volumen de negocio en ambas normativas y del carácter no vinculante de la interpretación del mismo por el Tribunal de Justicia, por las razones vistas, sí resulta ilustrativa la manera en la que dicho órgano se enfrenta a la misma dificultad con que nos encontramos, la de inexistencia de "volumen de negocio" en el año en al que la norma se remite.

En la citada sentencia de 7 de junio de 2007 (asunto C-76/06. Britannia Alloys & Chemicals Ltd), el Tribunal de Justicia dijo:

"19 Mediante su primer motivo, la recurrente sostiene que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho en relación con la interpretación del concepto de "ejercicio económico precedente" que figura en el artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento n° 17.

20 En este sentido, el debate entre las partes ante el Tribunal de Justicia versa sobre cómo debe proceder la Comisión a determinar el concepto de "ejercicio económico precedente" en casos en los que se producen cambios sustanciales en la situación económica de la empresa de que se trate entre el período durante el cual se cometió la infracción y la fecha de adopción de la Decisión de la Comisión por la que se impuso la multa.

21 Por lo que a dicho concepto se refiere, hay que señalar que, según jurisprudencia consolidada, para interpretar una disposición de Derecho comunitario, procede tener en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véanse las sentencias de 7 de junio de 2005, VEMW y otros, C-17/03, Rec. p. I-4983, apartado 41, y de 1 de marzo de 2007, Jan De Nul, C-391/05, Rec. p. I-1793, apartado 20).

22 A este respecto, procede recordar que el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 tiene por objeto encomendar a la Comisión la facultad de imponer multas con el fin de permitirle cumplir la misión de vigilancia que le otorga el Derecho comunitario (véase la sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 105). Dicha misión incluye, en particular, las funciones tanto de reprimir las conductas ilícitas como de impedir su repetición (véase la sentencia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartado 173).

23 Es preciso añadir que, con arreglo al artículo 15, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 17, la Comisión ha de tomar en consideración la gravedad y la duración de la infracción de que se trate.

24 A la luz de estos elementos, el Tribunal de Justicia ha precisado que el límite relativo al volumen de negocios establecido en el artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento n° 17 pretende evitar que las multas impuestas por la Comisión sean desproporcionadas con relación a la importancia de la empresa de que se trate (sentencia Musique Diffusion française y otros/Comisión, antes citada, apartado 119).

25 De las consideraciones anteriores se desprende que, para determinar el concepto de "ejercicio económico precedente", la Comisión debe apreciar, en cada caso concreto y teniendo en cuenta el contexto y los objetivos perseguidos por el régimen de sanciones establecido por el Reglamento n° 17, el efecto que se pretenda alcanzar sobre la empresa afectada, en particular teniendo en cuenta el volumen de negocios que refleje la situación económica real de ésta durante el período en que se cometió la infracción.

26 Tomando en consideración tal marco jurídico, el Tribunal de Primera Instancia consideró, en los apartados 38 y 48 de la sentencia recurrida, que el cálculo del límite máximo de la multa presupone no solamente que la

Comisión dispone de datos sobre el volumen de negocios del último ejercicio anterior a la fecha de adopción de la decisión, sino que además estos datos se refieren a un ejercicio completo de actividad económica normal durante un período de doce meses.

27 Además, en los apartados 39 y 49 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia hizo referencia a varias situaciones concretas como ilustrativas del hecho de que la Comisión debe tener la posibilidad de utilizar el volumen de negocios realizado durante un ejercicio completo de actividad económica normal, a efectos de la aplicación del artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17.

28 En efecto, de acogerse la argumentación de la recurrente, ello conduciría a una interpretación del artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento n° 17, según la cual, en los casos en que no se haya realizado ningún volumen de negocios durante el ejercicio económico anterior a la fecha de adopción de la decisión de la Comisión, esta última se vería obligada a aplicar únicamente lo dispuesto en la primera parte del referido párrafo, dado que el límite señalado en la segunda parte de ese mismo párrafo no puede relacionarse con un volumen de negocios.

29 Ahora bien, tal interpretación desvirtúa no sólo el alcance de las facultades que incumben a la Comisión en virtud del citado artículo 15, apartado 2, sino además el hecho de que, en determinadas situaciones, el volumen de negocios del ejercicio económico anterior a la fecha de adopción de la decisión de la Comisión no proporciona ninguna indicación válida sobre la situación económica real de la empresa en cuestión y el nivel adecuado de la multa que debe imponerse a esta última.

30 Por consiguiente, cuando, como en el presente asunto, la empresa de que se trate no ha realizado ningún volumen de negocios durante el ejercicio anterior a la fecha de adopción de la decisión de la Comisión, esta última está facultada para tomar como referencia otro ejercicio económico, al objeto de poder evaluar correctamente los recursos económicos de dicha empresa y garantizar que la multa tenga suficiente carácter disuasorio.

31 Procede añadir que, como señaló el Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones y declaró acertadamente el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 40 de la sentencia recurrida, la determinación del límite máximo de la multa no consiste simplemente en elegir entre las dos posibilidades previstas en el artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento n° 17, a saber, entre una multa máxima de 1 millón de euros y un límite establecido sobre la base del volumen de negocios de la empresa.

32 Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en error de Derecho al considerar que la Comisión podía tomar como referencia, al aplicar lo dispuesto en el artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento n° 17, el último ejercicio económico completo anterior a la fecha de adopción de la Decisión impugnada, a saber, el ejercicio cerrado a 30 de junio de 1996.

33 Procede, pues, desestimar el primer motivo invocado por Britannia en apoyo de su recurso de casación."

Doctrina luego reiterada en las sentencias de 15 de mayo de 2014 (C-90/13) y de 7 de julio de 2016 (C-514/15).

Pues bien, aunque en nuestro caso la referencia al volumen de negocio tenga la diferente finalidad que hemos recordado, coincide con el Reglamento comunitario en emplear dicha cifra como muestra de la capacidad económica de la empresa infractora, ya sea para marcar un máximo a la cuantía de la multa - con independencia del procedimiento de determinación de la misma- a fin de que no incurra en desproporción (Reglamento comunitario), ya sea para establecer el límite superior del tramo dentro del cual debe fijarse la multa en el sistema español de determinación de la misma.

Así las cosas, el criterio utilizado por el Tribunal de Justicia en relación con el reglamento comunitario puede emplearse también para interpretar los términos del artículo 63.1 de la Ley de Defensa de la Competencia en forma compatible con la necesaria predeterminación legal del procedimiento de fijación de la sanción. En efecto, resulta perfectamente posible entender que la referencia al "ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa" lo es al *ejercicio completo más próximo* (inmediatamente anterior) *al de imposición de la sanción en el que la empresa haya mantenido su actividad mercantil*.

Además de ser una interpretación textualmente admisible, respeta el criterio legal de que sea el volumen de la actividad mercantil de la propia empresa sancionada el parámetro para determinar la sanción que le corresponda de conformidad con el procedimiento previsto en la ley, y no mediante un procedimiento indirecto de cálculo como el empleado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aunque sea razonable y evite la aplicación de la cláusula de cierre del apartado 3 del artículo 63, mucho más gravosa.

Ha de tenerse en cuenta, por último, que la Ley fija el año a tener en cuenta no en relación con el de comisión de la infracción, sino con el de imposición de la sanción, necesariamente posterior a aquél. Quiere decirse con ello que admitir que el año que se toma en consideración pueda no ser el numéricamente anterior al de la sanción,

no supone alejarse del momento de la infracción, por lo que no podría objetarse que tal desplazamiento pudiera implicar una discrepancia con el efectivo volumen de negocios de la infractora en el momento de su actuación contraria a derecho.

CUARTO.- Sobre la cuestión de interés casacional.

A tenor de los razonamientos expresados en el anterior fundamento de derecho hemos de responder a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso de 19 de junio de 2020 en el sentido de que el criterio legal del año inmediatamente anterior al de imposición de la sanción que se emplea en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 12 de julio) ha de entenderse referido al año inmediatamente anterior en el que la empresa infractora haya tenido actividad mercantil durante todo el ejercicio anual. Todo ello, como es evidente, de no existir circunstancias no presentes en el actual litigio y que pudieran conducir a una distinta conclusión en la aplicación del citado precepto legal.

QUINTO.- Conclusión y costas.

De conformidad con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho procede casar y anular la sentencia recurrida exclusivamente en lo que respecta a la razón por la que se estimó el recurso de la actora, esto es a la anulación de la sanción por no disponer del volumen de negocios de la misma del año inmediatamente anterior al de imposición de la sanción según lo expresado en el fundamento de derecho noveno de dicha sentencia. Asimismo y dadas las razones por la que hemos estimado en este punto el recurso de casación del Abogado del Estado, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora y anular también la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 28 de mayo de 2015, por la que se resolvía el expediente S/0471/13, en lo que respecta a la mercantil Innovaciones del Mediterráneo, S.A. (IMSA) y en cuanto a la cuantía de la multa que se le impone, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la adopción de la resolución sancionadora al objeto de que, en ejecución de esta sentencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia fije la cuantía de la multa según el criterio de interpretación del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia fijado en la misma.

Por otra parte, si el criterio de cuantificación de la multa que hemos establecido en esta sentencia diera como resultado un importe superior al impuesto en la resolución anulada deberá respetarse la cuantía de la multa fijada en la misma, esto es, 101.516 euros. En efecto, dado que el regulador fijó una determinada cuantía para la multa en la resolución sancionadora y que fue la impugnación de la misma por la mercantil IMSA la que ha conducido a esta sentencia tras el recurso de casación de la Administración del Estado, dicho importe constituye necesariamente un límite que no puede sobrepasarse pues se incurriría en *reformatio in peius*, ya que la mercantil infractora recibiría en definitiva una sanción superior a la impuesta originariamente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como última consecuencia del recurso contencioso administrativo entablado por ella misma.

En aplicación de lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se imponen las costas ni en la casación ni en la instancia, por existir en este caso dudas de derecho.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

1. Declarar que ha lugar y estimar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 26 de marzo de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 585/2015.
2. Anular la sentencia objeto de recurso.
3. Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo mencionado, anulando la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 28 de mayo de 2015, por la que se resolvía el expediente S/0471/13, en lo que respecta a la mercantil Innovaciones del Mediterráneo, S.A. (IMSA), en cuanto a la cuantía de la multa que se le impone.
4. Ordenar a la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que, con retroacción de las actuaciones del expediente sancionador S/0471/13 en lo que respecta a Innovaciones del Mediterráneo, S.A., fije un nuevo importe de la multa impuesta a la mencionada mercantil según los términos fijados en esta sentencia.



5. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-María Isabel Perelló Doménech.-José María del Riego Valledor.- Diego Córdoba Castroverde.-Fernando Román García.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ