

**Id. Cendoj:** 28079230062013100330  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 17/06/2013  
**Nº de Recurso:** 599/2010  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Idioma:**

Español

---

**SENTENCIA**

Madrid, a diecisiete de junio de dos mil trece.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Blue Water Shipping España, S.A.** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ignacio Cuadrado Ruescas, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010** , relativa sanción y la cuantía del presente recurso 100.000 euros.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por promovido Blue Water Shipping España, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ignacio Cuadrado Ruescas, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

**SEGUNDO** : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO** : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y

pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día once de junio de dos mil trece.

**CUARTO** : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 100.000 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

**SEGUNDO** : La Resolución de la CNC que hoy enjuicamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

*"QUINTO.- Imponer una multa de:*

*100.000 euros a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA"*

**TERCERO** : La recurrente centra los argumentos de su demanda en la desproporcionalidad de la sanción, y el incorrecto calculo de la misma dada las magnitudes utilizadas por la CNC.

**CUARTO** : Los hechos que la CNC declara probados, que la Sala acoge como tales y que no han sido desvirtuados, en cuanto son especialmente relevantes, son los siguientes:

*"BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA, S.A. (BWS) está controlada conjuntamente por cuatro socios: la española UNIVERSAL CARGO, S.L. (37%), la danesa BLUE WATER SHIPPING A/S (33%) y dos personas físicas (30%).*

*Al frente de BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA, S.A. hay un administrador único.*

*BLUE WATER SHIPPING A/S tiene constituido un grupo logístico integrado que suministra soluciones de transporte de mercancías por carretera, tren, mar y aire, así como servicios complementarios, presente en varios continentes ya sea directamente, ya a través de agentes y empresas asociadas.*

*La española BWS presta servicios transitarios principalmente en el transporte marítimo y con menor incidencia en el transporte aéreo. En cuanto al sector de las actividades transitarias por carretera, BWS ha alegado a la DI actuar de forma limitada y puntual a solicitud de clientes de marítimo, cediendo de forma onerosa en febrero de 2001 a ABX la explotación de su línea de grupaje terrestre por carretera entre España y Dinamarca, en la que tenía una relevante presencia."*

Respecto de la operativa del cartel:

*"...En España, quién se encarga de la organización o planificación de los transportes internacionales y, en todo caso, de aquellos que se efectúen en régimen de tránsito aduanero, son los transitarios, que también pueden realizar dichas funciones en relación con transportes internos, pero sólo en el caso que el transporte suponga la*

*continuación de un transporte internacional cuya gestión se le haya encomendado.*

*Un transitario o empresa transitaria coordina y organiza la totalidad de operaciones de expedición de mercancías con arreglo a las necesidades de su cliente -desde el punto de recogida que éste haya fijado, hasta el punto de destino en el país donde éste se encuentre-, contratando directamente con su cliente todo el transporte, extendiéndose su control sobre las mercancías a todas las fases de su transporte ya sea terrestre, marítimo o aéreo, hasta hacerlas llegar a su destino final. La demanda de la prestación de servicios transitarios viene constituida por tanto por la totalidad del tejido empresarial e industrial que necesite realizar un servicio regular o puntual de entrega de mercancías en el exterior.*

*Para facilitar la agrupación o desagrupación de mercancías, el transitario suele contar con almacenes, propios o subcontratados, los cuales utiliza para recibir las mercancías, agruparlas por destinos y remitirlas a sus destinatarios, asesorando a su cliente sobre aspectos tales como embalaje, trámites y documentación.*

*Tan sólo grandes grupos integrados globales cuentan con medios propios de transporte, dado el coste que ello representa. Por lo que al transporte por carretera se refiere, los servicios de transporte se contratan a terceros, ya sean empresas de transporte, ya transportistas autónomos, siendo habitual que un mismo transportista preste sus servicios a varios transitarios.*

*Dos son los canales a través de los cuales un transitario obtiene la petición del servicio u "orden de carga":*

*- Por parte de un exportador español que venda en condiciones DDU (Delivery Duty Unpaid) o CIF (Cost, Insurance and Freight) que paga el flete, estableciéndose una relación directa entre cliente y transitario mediante un contrato privado de transporte de mercancías, facturando el transitario todo el servicio al cliente que envía la mercancía.*

*- Por parte del agente o corresponsal extranjero del transitario, para el caso de que el exportador/proveedor español venda en condiciones ex fábrica. En este caso, el precio del transporte se paga en destino en el país europeo donde tenga su residencia el destinatario de la mercancía. El transitario recibe la orden de carga de su agente o corresponsal extranjero, que a su vez ha confeccionado el contrato de transporte con su cliente en su país, facturando el transitario a dicho agente la parte del servicio que efectúa.*

*Dentro de la prestación de actividades transitarias por carretera pueden diferenciarse tres segmentos:*

*- Grupaje (envíos consolidados): transporte de cargas de hasta 3.000 kilos, con cierta estandarización en su organización, con salidas semanales a puntos concretos pero sin necesidad de una recogida diaria. Las tarifas para este servicio se fijan en función de su destino y peso.*

*- Carga parcial (carga fraccionada, "Part Truck Loads" o PTL): transporte de cargas de más de 3.000 kilos pero sin llegar a completar el camión. No son servicios estandarizados y se negocian en términos de servicio y precio con los clientes.*

*- Carga completa ("Full Truck Loads" o FTL): camiones contratados específicamente*

*para una carga y un destino concreto. Sus precios se negocian individualmente con cada cliente y el servicio es, generalmente, puerta a puerta sin pasar por las instalaciones del transportista.*

*El grupaje se diferencia de las cargas completas y parciales por razón del precio, así como por estar orientado a las necesidades de un tipo específico de clientes, en su mayor parte pequeñas y medianas empresas (¶124 del PCH). Se trata de un servicio que por sus características específicas no es sustituible desde el punto de vista de la demanda por el transporte de cargas parciales o cargas completas, que se rige con precios "todo incluido". Dentro del grupaje se diferencian las actividades europeas de las denominadas domésticas, que puede realizar también el transitario en el caso que dicho transporte interno suponga la continuación del transporte internacional que tiene encomendado.*

*En esta actividad pueden darse vínculos comerciales entre operadores, pues puede suceder que un transitario tenga carga para una determinada ruta o línea de transporte, pero que dicha carga no sea suficiente para llenar un camión, por lo que puede solicitar que otro transitario le transporte su carga o que ofrezca dicho espacio libre a otros transitarios. (ver también ¶132 del PCH).*

*Los transitarios en España se agrupan desde los años sesenta en asociaciones sectoriales de ámbito provincial denominadas ATEIA (Asociación de Transitarios Expedidores Internacionales y Asimilados). En la actualidad existen las siguientes ATEIAs de ámbito provincial: Alicante, Aragón, Barcelona, Cádiz, Girona, Guipúzcoa, Las Palmas, Madrid, Málaga, Melilla, Murcia, Pontevedra, Sevilla, Tarragona, Tenerife, Valencia y Vizcaya.*

*A escala nacional, la Federación Española de Transitarios y Expedidores Internacionales y Asimilados-Organización para la Logística y el Transporte (FETEIA-OLT), creada en 1977, agrupa a las mencionada ATEIA provinciales, así como empresas de otras localidades en las que no existen asociaciones provinciales.*

*La totalidad de empresas incoadas en este expediente sancionador pertenecen a ATEIA-Barcelona, la cual agrupa a más de 140 empresas de muy diferentes tamaños presentes en la expedición de mercancías y logística en todos los segmentos (aéreo, marítimo y terrestre).*

*Respecto a la definición geográfica del mercado, las autoridades comunitarias y nacionales de competencia han considerado el mercado del transporte internacional terrestre, así como el de sus actividades auxiliares (entre ellas, las actividades transitarias), de ámbito nacional puesto que la elección de los proveedores de servicios de transporte y auxiliares todavía difiere en gran medida de un país a otro, con lo que la presencia e importancia de los proveedores nacionales es un factor relevante."*

Continúa la Resolución:

#### **"DESARROLLO DEL CÁRTEL: PERIODO TEMPORAL Y FUNCIONAMIENTO**

*(142) En cuanto al origen de este cártel, de acuerdo con la información disponible por esta DI, en el periodo comprendido entre mediados de los años ochenta hasta 1991, empresas transitarias con sede en Barcelona comenzaron a reunirse en dicha capital con el fin de mostrar un frente común ante la Administración aduanera, en principio, al objeto de ser reconocidas por la misma como Expedidores Autorizados (EA),*

*posteriormente, como Receptores Autorizados (RA).*

*(143) En los años 1992 y 1993, una vez reconocidos como RA, y ante los cambios que se avecinaban con la desaparición tras la entrada en vigor del Acta Única Europea de la totalidad de derechos aduaneros entre Estados Miembros de la CEE, los transitarios mantuvieron reuniones en el Hotel Alfa, ubicado en la Zona Franca del Puerto de Barcelona, con el objetivo de presentar un frente común ante la Administración aduanera con el fin de conseguir igualar la situación de los transitarios en España a la de otros países de la Comunidad Europea, así como les fuesen aplicados los mismos beneficios y ayudas que la Administración había otorgado a los Agentes de Aduanas con ocasión de la supresión de las aduanas el 1 de enero de 1993 (fecha de la entrada en vigor de la mencionada Acta Única). También, con ocasión de dicha supresión, en el seno de dichas reuniones los transitarios se plantearon la sustitución de antiguos conceptos de facturación por otros nuevos, a fin de seguir cobrando a sus clientes las mismas cantidades, así como el establecimiento de unas condiciones generales de contratación a aplicar a la actividad transitaria.*

*(144) De acuerdo con la información disponible por la DI1, a principios del año 1991 un grupo reducido de RA (o "RA Vips"), formado por SPT, SALVAT, INTER-TIR (RAMINTER) y HANIEL (la actual ABX), junto con otras dos empresas ya desaparecidas, comenzó a reunirse en paralelo en la sede de SPT, adoptando una posición común que luego era trasladaba al resto de los RA en las reuniones del Hotel Alfa. Este grupo reducido de empresas siguió reuniéndose en la sede de SPT, tratando temas relacionados con las condiciones generales de contratación, responsabilidad de los transitarios (seguros) y programas de formación. No obstante, a partir de abril de 1997 el número, así como los asistentes a estas reuniones, salvo alguna excepción, se van reduciendo.*

*(145) No obstante, a partir del año 2000 se inician de nuevo reuniones multilaterales que desembocan en la reunión de 3 de octubre de 2000, fecha a partir de la cual esta DI considera acreditado el inicio del cártel entre ABX, BWS, B&A, DHL, RAMINTER, RHENUS, SALVAT, SPT y TN. A partir de esa fecha, se institucionalizan reuniones periódicas entre directivos de las citadas empresas, en las que se adoptan acuerdos prohibidos por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como por el artículo 1 de la vigente LDC y por el artículo 81 del TCE en el ámbito del sector del transporte por carretera de mercancías en y desde territorio español a otros países europeos, como se constata de la información disponible en este expediente2.*

*(146) Las reuniones siguieron celebrándose, al menos, hasta finales de 2008, destacándose que en el momento de la inspección realizada por la CNC el 18 de noviembre de 2008 se constató la convocatoria de una reunión del Grupo prevista para el 3 de diciembre de 2008. Por otra parte, como ya se detallará en este PCH, algunas de las empresas incoadas -en concreto, RHENUS y DHL- dejaron de asistir a partir del año 2007 a estas reuniones, dando por finalizada su participación en el cártel.*

*(147) A lo largo de dichas reuniones -reconocidas por sus asistentes como reuniones de "Colegas", "Lobby" o "G-7"- las empresas integrantes del cártel trataron materias comercialmente sensibles y adoptaron acuerdos relativos al incremento anual de tarifas en función del IPC, al establecimiento de recargos repercutiendo el incremento del precio del carburante y la repercusión en sus clientes de la introducción de un peaje en Alemania al paso por sus autopistas de vehículos pesados.*

(148) Todos estos acuerdos se adoptaron en el ámbito del grupaje, aplicándose a sus clientes con menor poder de negociación (pequeñas y medianas empresas) en la expedición de mercancías en y desde España a otro país europeo. Los acuerdos no afectaban a las cargas parciales y/o completas, que se rigen con precios todo incluido, y tampoco a los grandes clientes, pues con éstos se negocia de forma individualizada, dado su poder de negociación, siendo habitual que anualmente, por lo general a finales o principios de año, los grandes clientes soliciten ofertas de varias empresas transitarias. También se adoptaron otros acuerdos, como el relativo a la no contratación de trabajadores de otras empresas participantes en el cártel sin su previo consentimiento y, respecto de las empresas integrantes del cártel presentes en actividades nacionales, se fijaron también el incremento de sus tarifas por dichas empresas.

(149) A continuación se indican de forma somera, analizándose con todo detalle en el apartado correspondiente de este Pliego, los acuerdos alcanzados por las empresas participantes en el cártel:

a) Incremento anual de tarifas en función del IPC: Con carácter anual, en las reuniones mantenidas por el Grupo, por lo general, en el último trimestre del año, las empresas del cártel acordaban el incremento general de sus tarifas para el año siguiente. El punto de referencia era el IPC anual oficial a fecha de la reunión y/o la previsión del mismo correspondiente para el ejercicio en cuestión, debatiéndose en el seno del Grupo si el incremento de precios o tarifas para el año siguiente debía ajustarse al mismo nivel, al alza o a la baja de dicho IPC. Estableciendo el Grupo la escala u horquilla porcentual de subida de precios o incremento general de tarifas (en adelante, IGT) a aplicar el año siguiente. A la vista de tal escala u horquilla, cada empresa establecía sus precios, evaluándose el resultado de su aplicación dentro del primer trimestre del año para el que se había establecido la subida. Igualmente, se acordaba la fecha de entrada en vigor del IGT pactado, por lo general a principios del año siguiente, así como la fecha de su comunicación por escrito a los clientes a través de cartas que, a su vez, se hacían circular entre las empresas participantes en el cártel.

b) Recargo por incremento del coste del carburante: El Grupo acordó la conveniencia de trasladar el incremento del coste del carburante soportado a sus clientes, estableciendo una escala de incrementos u horquilla basada en una proporción del porcentaje total de incremento en el coste del combustible en un periodo de tiempo determinado, acordándose, igualmente, que este concepto figurara por separado en la factura. Una vez acordada la escala para el nivel del recargo (el denominado "bunker surcharge"), cada empresa determinaba el incremento a imponer a su clientela. Además de acordarse la fecha de aplicación del recargo por incremento del coste del combustible, las empresas participantes del cártel pactaron su comunicación por escrito a la clientela, haciéndose circular las cartas emitidas al efecto entre ellas.

c) Repercusión pago peajes: Las empresas del cártel acordaron repercutir a sus clientes, desde su misma entrada en vigor, la tasa o peaje prevista por el Gobierno alemán al paso de camiones pesados por sus autopistas (el denominado MAUT), acordando un incremento en las tarifas a tal efecto, diseñando una horquilla porcentual. También acordaron informar por escrito a sus clientes de este nuevo coste y circularse dichas comunicaciones.

d) Incremento de las tarifas de las actividades transitarias domésticas: En un determinado ejercicio, las empresas integrantes del cártel presentes en actividades

nacionales, acordaron incrementar sus tarifas en dicho ámbito siguiendo las comunicadas por DHL.

e) Pacto no de agresión en relación con los empleados de las otras empresas del cártel: Las empresas del cártel acordaron no captar a empleados de otras empresas miembros del Grupo sin el previo consentimiento de la empresa en la que dicho trabajador prestara sus servicios.

(150) En cuanto a las reuniones celebradas, de acuerdo con la información disponible por esta DI, queda acreditada la celebración de, al menos, 42 reuniones mantenidas por el Grupo desde el año 2000 hasta el año 20083:

*Ejercicio 2000: 3 de octubre y 15 de diciembre de 2000.*

*Ejercicio 2001: 21 de febrero, 2 de marzo, 31 de mayo y 13 de noviembre de 2001.*

*Ejercicio 2002: 14 de noviembre de 2002.*

*Ejercicio 20034: 26 de marzo, 26 de mayo, 11 y 26 de junio, 16 de julio, 30 de septiembre y 11 de noviembre de 2003.*

*Ejercicio 2004: 4 de febrero, 7 de abril, 3 de junio, 13 de septiembre y 13 de diciembre de 2004.*

*Ejercicio 2005: 3 de marzo, 28 de abril, 13 de julio, 14 de septiembre y 16 de noviembre de 2005.*

*Ejercicio 2006: 25 de enero, 1 de marzo, 27 de abril, 15 de mayo, 13 y 29 de junio, 4 de septiembre, 28 de noviembre y 7 de diciembre de 2006.*

*Ejercicio 2007: 15 de febrero, 18 de abril, 3 de julio, 4 de septiembre, 3 de octubre5 y 18 de diciembre de 2007.*

*Ejercicio 2008: 23 de enero, 15 de febrero y 27 de mayo de 2008.*

(151) Ha quedado igualmente acreditada la desconvocatoria de una reunión prevista para el 3 de diciembre de 2008, convocada por RAMINTER y que debía haber tenido lugar en el Hotel Alfa. Así, en su solicitud de exención, ABX ha indicado que el Presidente de RAMINTER contactó telefónicamente el 14 y el 17 de noviembre de 2008 con un directivo de ABX, con el fin de convocarle a dicha reunión. Esta información coincide con la recabada en las inspecciones realizadas el 18 de noviembre de 2008, habiéndose detectado en la agenda de uno de los directivos de SPT la siguiente anotación en el día 3 de diciembre de 20086: "Reunió Hotel Alfa. xxx [RAMINTER], xxx [SALVAT], IGM, +resta".

(152) Con posterioridad a las citadas inspecciones, [...] ha declarado haber recibido una nueva llamada de RAMINTER informándole de que la reunión prevista para el 3 de diciembre de 2008 se desconvocaba. A este respecto, [...] también ha declarado [...] que a principios de noviembre de 2008 RAMINTER se puso en contacto telefónico con el representante de [...] para invitarle a participar en la próxima reunión en el Hotel Alfa, no aceptando dicha invitación.

(153) Respecto del funcionamiento de las reuniones, en una primera instancia, el

*medio de convocatoria empleado fue el fax, mediante invitación individual dirigida por la Presidencia de SPT al resto de directivos de las empresas participantes en el cártel. A partir de marzo de 2003, debido a los avances tecnológicos, el medio empleado será el correo electrónico, enviando un e-mail dicha Presidencia de SPT a la totalidad de los integrantes del Grupo, quienes por lo general empleaban dicho medio confirmando o no su asistencia. También será el correo electrónico el medio habitualmente empleado para comunicarse o trasladarse documentación entre los miembros del Grupo, lo cual no implica que este medio de comunicación fuera el único entre empresas, dando por hecho que se mantuvieron contactos informales (teléfono, contactos personales, etc.).*

*(154) En cuanto al orden del día de cada una de las reuniones, hasta el año 2004, dicho orden era explícitamente mencionado en la convocatoria o era remitido como documento adjunto a la misma, realizándose dicha convocatoria por SPT, desde el año 2000, salvo alguna excepción puntual.*

*(155) Con posterioridad al 2004, el se entregaba mecanografiado en el momento de la celebración de cada reunión. Dicho orden podía ser pactado en la reunión anterior, o confeccionado por SPT, si bien podía cualquier integrante del Grupo solicitar la inclusión de temas de su interés o de interés para el Grupo.*

*(156) A este respecto, se incide en como con ocasión de la reunión convocada para el 15 de febrero de 2007, TN se dirigió a SPT, su convocante, solicitando se le facilitara el orden del día. A esta petición contestaría SPT indicando7:*

*"Los temas a tratar son de actualidad y por una cuestión de confidencialidad, no se difunden previamente porque con ello creo interpretar el deseo de todos. No obstante, me tienes a tu disposición para incorporar todo aquello que estimes conveniente a nuestros intereses".*

*(157) En el orden del día se hacía constar la fecha de la reunión y bajo el título "Temas de debate", se relacionaban los temas a tratar con un espacio suficiente entre los diferentes enunciados para permitir que los asistentes a las reuniones pudieran tomar notas.*

*(158) El lugar habitual de celebración de las reuniones era la sede de SPT, conformándose éstas como desayunos de trabajo, salvo en aquellas ocasiones en que éstas fueran convocadas por otras empresas del Grupo, en cuyo caso tuvieron lugar en sus respectivas sedes. Tal es el caso de las reuniones de 2003 en la sede de RHENUS y de una reunión en 2004 en la sede de ABX).*

*(159) No consta que se estableciera un procedimiento específico para informar a las empresas del cártel que no pudieran asistir a las reuniones convocadas de las cuestiones tratadas o, en su caso, de los acuerdos alcanzados ni que se redactaran actas de las reuniones celebradas. En la práctica, dependía de cada empresa participante en el cártel contactar con otra para que le informase del resultado de la reunión a la que no había podido asistir. No obstante, consta en el expediente como TN, ante la imposibilidad de asistir su representante a la reunión programada para el 18 de abril de 2007, dicha compañía se dirigió a la Presidencia de SPT, como convocante, informando sobre tal extremo, así como manifestando lo siguiente8: "Agradeceremos se sirvan enviarle resumen de la misma, como siempre".*

*(160) Sin embargo, aunque de la afirmación anterior parece deducirse que se hacían resúmenes de las reuniones, no consta en el expediente resúmenes de las reuniones*



*celebradas ni éstos se han recabado en las inspecciones realizadas, teniendo constancia esta DI de las decisiones adoptadas en virtud de la información recabada en las inspección, entre ellas, órdenes del día con anotaciones realizadas por los asistentes a dichas reuniones, y por la información facilitada por los solicitantes de clemencia.*

*(161) Respecto a las reuniones, además de aquéllas que se celebraron para adoptar los acuerdos indicados (o preparatorias o de seguimiento de dichos acuerdos), también se celebraron otras, de carácter técnico y/o divulgativo, a las que se invitaba a personas ajenas al Grupo y en las que se trataban temas de interés general para el sector transitario terrestre, aunque [...], en presencia de dichos invitados no se alcanzaban acuerdos constitutivos de ilícitos desde el punto de vista de defensa de la competencia.*

*(162) Consta como anexo II al PCH una tabla elaborada por la DI en la que cronológicamente se indica la fecha de las reuniones, convocante, orden del día, lugar y hora de celebración, fecha de la convocatoria, medio empleado y texto de la misma. Igualmente, se hace constar en la citada tabla las empresas convocadas y aquéllas de las que se tiene constancia documental de que confirmaron su asistencia e indicación somera de los acuerdos alcanzados.*

*(163) A continuación se detallan las reuniones acreditadas por esta DI, por orden cronológico, aunque no se relacionándose todas ellas, sino sólo aquéllas en las que se adoptaron acuerdos y en las que se acredita la implicación de las empresas participantes en el cártel."*

A continuación. La Resolución impugnada describe el contenido de las distintas reuniones

**QUINTO** : Previamente a la calificación jurídica de la conducta hemos de examinar dos cuestiones, la relativa a la valoración de la prueba y la prueba de indicios.

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como la operativa de las actuaciones, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado.

En cuanto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998741 ) y 28 de enero de 1999 (RJ 199974). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

El artículo 1 de la Ley 15/2007 :

*"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica*

*concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

*a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*

*b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

*c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

*d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

*e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

De los hechos relatados resulta la existencia de acuerdos, que han consistido, como señala la CNC, en *"intercambio de información y de opiniones y a la adopción de estrategias comunes sobre aspectos comerciales sensibles. No se trata de un mero intercambio de información como conducta autónoma, como algunas de las partes alegan. Se ha producido un diseño de la estrategia de repercusión de costes y sobre cómo comportarse en el mercado con sus clientes respecto a una variable fundamental, el precio. Se han coordinado sobre si iban a subir tarifas, cuándo y en qué orden de magnitud. Las empresas imputadas han pretendido y conseguido reducir la incertidumbre a la que se enfrentan sobre sus costes y sobre cuándo, cómo y en qué medida iban a realizar cada una de ellas el incremento de tarifas. Decisión que, no cabe duda, deben adoptar individualmente y con plena autonomía, sin ningún tipo de coordinación previa."*

**SEXTO** : Hemos de examinar la alegación de la actora sobre la mecánica en la cuantificación de la multa impuesta.

El artículo 62 de la Ley 15/2007 establece:

*"4. Son infracciones muy graves:*

*a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales."*

El artículo 63 de la misma Ley:

*"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 % 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 % 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 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."*

Hemos de señalar que el sistema que determinan los señalados preceptos se basa en dos elementos esenciales respecto de las infracciones muy graves:

1.- el volumen de negocios que ha de considerarse es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa,

2.- el máximo legal previsto es el 10% de dicho volumen.

En el presente caso la sanción se impone en Resolución de 19 de octubre de 2011, que refleja el acuerdo del día 13, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. No es correcta la magnitud considerada por la CNC en cuanto se refiere a otro ejercicio.

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2 :

*"2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:*

*a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;*

*b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;*

*c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.*

*Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.*

*Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación."*

En la sentencia de 12 de diciembre de 2012 , el Tribunal General afirma:

*"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe*

*de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas ( sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006 , Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T?303/02, Rec. p. II?4567, apartado 174 , y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T?456/05 y T?457/05 , Rec. p. II?1443, apartado 280).*

*161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).*

*162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).*

*163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad ( sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T?211/08 , Rec. p. II?0000, apartado 74).*

*164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de*

*la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."*

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia *Costa vs Enel*, y, posteriormente, sentencia *Simmenthal* y sentencia *Kreil*. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 (*El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión*), o en el artículo 290 (*Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo*)

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4 :

*"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."*

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en

los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

*"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:*

- *orden de cesación de la infracción,*
- *adopción de medidas cautelares,*
- *aceptación de compromisos,*
- *imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."*

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento *"Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral."* -; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución .

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003 :

*"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril . En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE : «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.*

*La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6 ; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3.*

*En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3 , y 123/2001, de 4 de junio , FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11 , y 196/2002, de 28 de octubre , FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [ STC 62/1982, de 15 de octubre , FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo , FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero , FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3 ; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» ( STC 34/1996, de 11 de marzo , FJ 5)."*

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

*"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» ( SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2 ; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3 ; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8 ; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10 ; y 25/2002, de 11 de febrero , FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre , «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."*

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina "cuadro de las existentes".

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de Lex certa y reserva

legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

*"... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."*

El artículo 63 de la Ley 15/2007 :

*"Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."*

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.

Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto "...volumen de ventas..." o "... volumen de negocios total...": y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario 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.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene



referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,

b) finalidad de la norma: consiste en la represión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y

c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir 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.

Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal general antes citada:

*"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."*

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% de las ventas o volumen de negocio del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción.

La mecánica seguida por la CNC en la cuantificación de la sanción, no es, como señala la recurrente, la descrita anteriormente.

**SEPTIMO** : De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

**FALLAMOS**

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Blue Water Shipping España, S.A.** , y en su nombre y representación el Procurador

Sr. D<sup>o</sup> Ignacio Cuadrado Ruescas, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010** , debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos, ordenando** a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

### **VOTO PARTICULAR**

que formula la Magistrada Doña LUCIA ACIN AGUADO a la sentencia de 17 de junio de 2013 dictada en el recurso 599/2010.

Con el máximo respeto, formulo el presente voto particular .

**PRIMERO:** La razón por la que discrepo es que en la sentencia se ha establecido una interpretación del artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63 1 c) de la Ley 15/2007 consistente en que el límite del 10% del "volumen de ventas" o "de volumen de negocios total" de la empresa infractora fijado en esos artículos viene referido al volumen de ventas/negocios en el ámbito de la 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. Como consecuencia de ello en los razonamientos jurídicos se indica que la multa debe ser fijada como un porcentaje del volumen de ventas o negocio en el ámbito de la actividad económica de la empresa en que se ha producido la infracción pero limitada al ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC. Entiendo que se debían haber mantenido los parámetros sobre los que la CNC calcula ese porcentaje y que son el volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado de la expedición por carretera de mercancías con origen en España y destino hacia otro país europeo, durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción y no solo limitada al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC.

Entiendo además que esta cuestión tan relevante no podía ser analizada por esta Sala sin haber dado opción a las partes para que se pronuncien sobre la misma ya que no fue planteada por la actora en el escrito de demanda, no amparando a mi juicio la mera alegación de la falta de proporcionalidad realizar un pronunciamiento sobre el tema, incurriendo por ello la sentencia en incongruencia ultra petita. Ello conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 29/1998 y como de forma reiterada ha sido establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 7 de julio de 2011 (recurso 1055/2008 ) 3 de octubre de 2011 (recurso 543/2009 ) y 23 de febrero de 2012 (recurso 4716/2009 ).

**SEGUNDO :** Las razones por las que considero que el límite del 10% del volumen de

ventas o de negocios total de la empresa infractora fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 no viene referido al volumen de negocios en el ámbito de la 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 sino a todo el negocio de la empresa son las siguientes:

1) El hecho de que se haya introducido la palabra "total" en la nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia para referirse al volumen de negocios. Así el artículo 10 de la Ley 16/1989 fijaba como límite de la cuantía de las sanciones "multa de hasta 150.000.000 ptas. (900.000 euros), cuantía que podía ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal" . La Ley 15/2007 que deroga la anterior establece en el artículo 63 1 c ) como límite de la sanción por la comisión de infracciones muy graves "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" . En los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (publicados en la pagina web de la CNC), algunos de los despachos de abogados consultados manifestaron en relación con el importe máximo de las sanciones que era necesario introducir dos "modificaciones" . Por una parte sugerían que debería tomarse únicamente en cuenta el volumen de ventas realizado en el mercado afectado por la infracción. De esta forma indicaban se evitaba que se tomen bases de cálculo diferentes en función de cómo estén estructuradas jurídicamente las empresas (e.g. una sola sociedad con varias actividades o con una filial independiente por actividad) y por otra el año de referencia debería ser el último en que se cometió la infracción. La nueva Ley no introduce ninguna de esas modificaciones sugeridas sino que al contrario introduce la palabra "total" precisamente para aclarar que se refiere a todo el volumen total y no limitado al volumen de ventas en el mercado afectado .

2) La redacción del artículo 63. 1 c) de la Ley 15/2007 coincide con la redacción del artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003 que después de establecer que la Comisión puede imponer multas a las empresas que infrinjan las disposiciones del artículo 81 y 82 del Tratado señala que "por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior".

3) La Jurisprudencia comunitaria ha precisado el alcance de dicho precepto señalando que (161) "la cuantía correspondiente al 10% del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra". (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012 asunto novacke/Comisión).

4) Se indica en la sentencia que el tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción no es proporcional a la infracción reprimida teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el ámbito de vulneración y nada hay que objetar ya que precisamente la resolución de la CNC ha tenido en cuenta el volumen

de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado de la expedición por carretera de mercancías con origen en España y destino a otro país europeo. El importe de base de la multa por tanto se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función de los criterios establecidos en el artículo 64 (características del mercado afectado, cuota alcance de la infracción, efectos), multiplicada por el número de años de infracción. Tanto las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones se establece que el importe básico de la multa se calcula en función de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, pero añade que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de participación en la misma. El porcentaje del valor de las ventas depende de la gravedad de la infracción (naturaleza de la misma, cuota de mercado acumulada de todas las partes afectadas, amplitud geográfica, etc.) y puede llegar hasta el 30 % si concurren una serie de circunstancias y que se incrementará o reducirá en función de la concurrencia de agravantes o atenuantes.

En los casos en que la aplicación de este criterio (porcentaje del volumen de ventas en el mercado afectado) multiplicado por un coeficiente según los años que ha durado la infracción supere el límite del 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior se reduce la sanción a ese límite. Así ha sido aplicado por la Comisión Europea y analizado en la sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011 caso Putters International/Comisión en el que la Comisión redujo la sanción que correspondería por aplicación de las Directrices (porcentaje del volumen de negocios del mercado afectado multiplicado por un coeficiente según el número de años) al umbral del 10% establecido como límite de la sanción en el artículo 23 del Reglamento CE 1/2003 y señaló que " esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad ".

Por tanto no se puede identificar "volumen de ventas afectado por la infracción" con el "volumen de negocio global o total" . El primero es el que se tiene en cuenta tanto en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como en la Comunicación de la CNC para la cuantificación de las sanciones para calcular el importe básico de la sanción y viene determinado por "las ventas obtenidas por el infractor en los mercados del producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo que la infracción ha tenido lugar" . El segundo "volumen de negocios total" se refiere al volumen total del negocio de la empresa y no limitado al mercado afectado por la infracción y sobre el que se establece el límite máximo de la sanción en el artículo 63 LDC 15/2007 y por ello viene referido al ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa ya que se tiene en cuenta la situación de la empresa para hacer frente al pago de la multa en un momento próximo a su pago (momento en el que generalmente ha cesado la infracción y por tanto no tiene relación con el volumen realizado durante el periodo de comisión de la infracción).

El mercado afectado por la infracción es uno de los criterios para graduar la sanción conforme al artículo 10. 2 b) de la Ley 16/1989 y 64. 1 b) de la Ley 15/2007 (tal como se recoge en el párrafo de la sentencia de 26 de septiembre de 2005 en el recurso contencioso-administrativo número 471/2003 que se cita en la sentencia) pero no constituye el parámetro para determinar el límite de la sanción máxima que se puede

imponer conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1 c) de la Ley 15/2007 .

5) si se aplica el criterio mantenido por mis compañeros que limitan el importe máximo de la sanción al 10% de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que 1) basta a la empresa dejar de operar o que disminuya la realización de operaciones en ese mercado cuando conoce el inicio de una investigación teniendo en cuenta que el plazo desde que se inicia un expediente hasta que se dicta una resolución es de 18 meses y por tanto se va a tener en cuenta el volumen de operaciones realizadas durante la tramitación del expediente en que ya ha cesado la conducta anticompetitiva. Ello puede determinar que al no haber realizado actividad alguna en ese mercado en el último año el importe máximo de la multa sea cero 2) supone un agravio para las empresas que han participado en un corto período de tiempo frente a los que han intervenido durante todo el período de duración de la conducta infractora 3) no se vincula el importe de la infracción al volumen de ventas obtenido en el período de duración de la infracción 4) supone una reducción considerable del importe de la multa ( en algunos casos si ha cesado de operar en ese mercado su desaparición) que hace dudar a esta Magistrada que dicho importe ni siquiera supere el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva ( período 2003 a 2009). En este caso teniendo en cuenta los datos aportados por la empresa acerca de su volumen de negocios en el mercado afectado en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción, la sanción máxima que podría imponerse si se aplica ese criterio es de 7.400 euros ( 10% de la facturación por transporte por carretera con origen en España y destino en el extranjero en el año 2009) cuando la impuesta por la CNC es de 100.000 euros.