



Roj: **SAN 1171/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1171**

Id Cendoj: **28079230062014100164**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/03/2014**

Nº de Recurso: **670/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1171/2014,**  
**STS 237/2015**

## **SENTENCIA**

Madrid, a siete de marzo de dos mil catorce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Fórde Reederei Seetouristik Iberia S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ramón Rodríguez Nogueira, 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 10 de noviembre de 2011**, relativa sanción siendo **Codemandada** Balearia Eurolineas Marítimas, S.A y Euromaroc 2000, S.L.U siendo la cuantía del presente recurso 1.884.600 euros.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por **Fórde Reederei Seetouristik Iberia S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ramón Rodríguez Nogueira, 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 10 de noviembre de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción.

**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 veinticinco de febrero de dos mil catorce.

Habiendo anunciado el Magistrado Ponente, Ilmo Sr. Dº SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, la formulación de voto particular, se derivó la redacción de la sentencia a la Ilma. Sra. Magistrada Dª CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA.

**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 10 de noviembre de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 1.884.600 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE .

**SEGUNDO** : Antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo, hemos de recordar el contenido de la parte dispositiva de la Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos:

*"PRIMERO.- Declarar que los acuerdos sobre reparto de mercado, fijación de precios y cuotas de mercado, coordinación de horarios, fijación de condiciones comerciales para las agencias, eliminación y coordinación de ofertas y mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas y mecanismos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los acuerdos en el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea que une Algeciras y Ceuta, entre Balearia Eurolíneas Marítimas SA, Buquebus España SAU y Euromaroc 2000 SL, Compañía Trasmediterránea SA y Europa Ferrys SA al menos desde febrero de 2008 hasta abril de 2010, y de Farde Reederei Seetouristik Iberia SL (FRS) desde octubre de 2008 a abril de 2010, constituyen un cártel prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia .*

*Son responsables de dicha infracción Balearia Eurolíneas Marítimas SA, Buquebus España SAU y Euromaroc 2000 SL, Compañía Trasmediterránea SA y Europa Ferrys SA y Farde Reederei Seetouristik Iberia SL...*

*TERCERO.- Imponer a las empresas responsables citadas las siguientes sanciones:..*

*1.884.600 euros a Farde Reederei Seetouristik Iberia, SL..."*

**TERCERO** : De los hechos declarados probados, que la Sala admite hemos de destacar:

*"Flirde Reederei Seetouristik Iberia, SL (FRS) De acuerdo con información pública disponible en la web de la empresa, FRS forma parte del grupo alemán HI-de Reederei Seetouristik GmbH & Co. FRS comenzó a operar en la línea Algeciras-Ceuta el 19 de julio de 2008, aunque ya estaba presente en el Estrecho desde julio de 2000, prestando servicios en la línea Tarifa-Tánger.*

*La Línea marítima Algeciras-Ceuta*

*El servicio marítimo afectado en el expediente de referencia es el que cubre las conexiones regulares entre Ceuta y Algeciras.*

*La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) establece las principales disposiciones que afectan a este mercado. De acuerdo con su artículo 7 , la línea Algeciras-Ceuta puede calificarse de cabotaje, dado que no siendo navegación interior, se efectúa entre puertos o puntos situados en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción. En virtud del artículo 83 de la LPEMM, la Administración podrá establecer obligaciones de servicio público en aquellos servicios regulares de navegación interior y de cabotaje en que así lo estime pertinente, en atención a sus especiales características, con la finalidad de garantizar su prestación bajo condiciones de continuidad y regularidad.*

*La situación geográfica (ubicada en territorio africano fronterizo con el Reino de Marruecos) y la ausencia de otras conexiones y enlaces con el resto del territorio español (excepto un servicio de helicóptero con capacidad para 12 pasajeros desde Málaga) justifican su consideración de línea de navegación de interés público (garantizando el Estado su prestación de forma directa e inmediata mediante contrato administrativo) sin menoscabo del concurso de las compañías navieras que decidan libremente operar en dicha línea en condiciones de continuidad, regularidad y frecuencia establecidas reglamentariamente.*

*Dentro de la demanda conviene distinguir la de viajeros entre la Península y Ceuta y la de los emigrantes magrebíes en Europa, que regresan a sus lugares de origen desde sus lugares de residencia en Europa. Para los residentes en Ceuta, la ruta marítima es el único medio real y masivo de desplazamiento, su demanda no es muy grande en número, pero es bastante estable, con pequeños picos en diciembre y Semana Santa. Por el contrario, el tráfico de emigrantes magrebíes es muy elevado en número y con una fuerte estacionalidad (muy concentrado entre julio y septiembre)."*

Continúa la citada Resolución:

*"El 19 de julio de 2008 FRS comenzó a operar en la línea Algeciras-Ceuta (f. 127 Declaración aportada por Balearía en el marco de su solicitud de reducción).*

*Según el solicitante de reducción, tras esa incorporación y la Operación Paso del Estrecho (OPE) de verano de 2008, se produjo una guerra de precios que condujo a distintos encuentros durante el mes de octubre entre*

*Acciona, Euromaroc y FRS (f. 1275, 1345, 1289. Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción).*

*En concreto, el 7 de octubre de 2008, se celebró una reunión a la que asistieron el Presidente y el Consejero Delegado de Balearia con el Consejero Director General de Acciona en la que concertaron un reparto de cuotas en la línea Algeciras-Ceuta para ofrecer a FRS. Dicho reparto era el siguiente: 61,5% para Acciona, 26,5% para Balearia y 12% para FRS. El Presidente informó al Director General de Negocio de Balearia de los detalles de este acuerdo para que fuera ejecutado con sus homólogos de Acciona y FRS (f. 1280: Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción).*

*El 18 de noviembre de 2008 el Consejero Director General de Acciona envió un correo electrónico al Director de Explotación de Acciona en el que le dice:*

*"[...], no tengo claro que se hayan suspendido las promociones de FRS en Ceuta y que se estén aplicando los acuerdos" (f. 2218: Documento recabado en la inspección de Acciona). Subrayado añadido por la CNC...*

*El 13 de enero de 2009 se celebró una reunión en Algeciras en la sede de Acciona a la que asistieron el Director de Baleares y Estrecho y el Delegado de Algeciras y Ceuta, por parte de Balearia el Delegado Coordinador Zona Sur y el Consejero Director General, por parte de Acciona y el Director General y el Director Comercial por parte de FRS, en la que, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente, se alcanzaron los siguientes acuerdos (f. 1257, 1275, 1289, 1290, 1345 -todos ellos aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción-, 1392, T VI - Recabado en la inspección de Acciona- y 2203 - Recabado en la inspección de Balearia).*

*"Acuerdos alcanzados:*

*Tarifas:*

*Caravanas se venderán a 2306 los dos pasajeros y la caravana. Es una tarifa neta. En vigor a partir del día 20 de enero.*

*Descuentos por ida y vuelta. Se pretende eliminar todo descuento de este tipo, porcentajes, fees, etc. De modo que al cliente le resulte el doble de la ida. FRS estudiará la viabilidad de esta propuesta por lo que queda pendiente hasta el martes. En caso de que se mantenga, Acciona Transmediterránea y Balearia pondrían una oferta en iguales condiciones.*

*Reducción de comisiones con carácter general. Acciona Transmediterránea tiene la intención de bajar los fees pero si FRS mantiene su nivel de comisiones, 15% y 18% será difícil mantenerlo. FRS dice que si las comisiones de Transmediterránea bajan, bajarán las suyas. Balearia pretende disminuir pero sin definir aún. Nos informará el jueves 15.*

*Promociones para residentes. Se fijan en 49 Acciona Transmediterránea, 48 Balearia, 47 FRS para el paquete de auto+1 pasajero.*

*[Estas tarifas promocionales coinciden con las anotadas de forma manuscrita en el correo interno de Acciona de 11 de enero de 2009; véase HP 14 al final].*

*Carnet joven. Solo válido para menores de 26.*

*Bebes será gratuito el transporte marítimo pero se emitirán billetes de tasas.*

*Menores. Se aumentará el control. Solo hasta 12 años (sin cumplir).*

*Ceuta especial sábados, tarifa que desaparece.*

*Tarifas turísticas para grupos de ida y vuelta 26E neto. Si es ida solo, 18e neto.*

*Rotaciones. Se propone dejar todos los buques en 5 rotaciones. FRS y Acciona Transmediterránea están decididos. Balearia debe mirar su convenio. Dará respuesta el jueves 15. FRS podría comenzar el 25."*

*El 16 de enero de 2009 la Secretaria del Presidente y Consejero Delegado de Balearia envió un correo electrónico al propio Presidente, en el que le informaba de que, siguiendo sus instrucciones, había enviado al Director de Explotación de Acciona, al Director General de FRS, al Director de Baleares y Estrecho de Balearia y al Director General de Negocio de Balearia el archivo adjunto que contenía los datos del número de pasajeros y autos de noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009, de CT (Compañía Transmediterránea), Balearia y FRS, así como las cuotas de cada compañía (f 1254 y 1255 - Aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción -, 2204 y 2204 bis, recabado en la inspección de Balearia)....*

*Estas cuotas de mercado (61,5%, 26,5% y 12%) son coincidentes con las acordadas por Transmediterránea y Balearia el 7 de octubre de 2008 (HP 11)..."*



Y siguen los hechos probados:

"De acuerdo con el solicitante de reducción, el 21 de enero de 2009 tuvo lugar una conversación telefónica entre el Director General de Negocio de Balearia y el Director General de FRS en la que trataron el tema del cambio al sistema de cargos por emisión, alegando FRS dificultades informáticas para realizar el cambio a corto plazo. Acordaron la reducción de la comisión a las agencias contemplando FRS la posibilidad de rebajar la comisión en tres puntos, quedando entre el 9 y el 12%, pero descartando bajar al equivalente de Balearia o Acciona (alrededor de un 6%).

Balearia incide en "la importancia de establecer un mecanismo de seguimiento de la cuota de mercado, ahora que hemos conseguido estabilizar los precios", indica la necesidad de "un mecanismo que permita ajustar periódicamente la parte de cada uno, para cerrar el año según la cuota que nos corresponde. De esta forma se simplifica el procedimiento (sólo debemos controlar la cuota) e incita a cada parte de rentabilizar mejor su cuota (subiendo precios y bajando comisiones) pues la única forma de obtener más ingresos es incrementando el precio neto medio de cada plaza". FRS no comparte esta reflexión, da mayor importancia al resultado final de ingresos estableciendo un mínimo, de tal forma que "una bajada del mercado requeriría de un incremento de cuota para llegar al mínimo deseado". FRS indicaba también la dificultad para establecer un mecanismo de seguimiento, aludiendo a la menor capacidad de su barco lo que hacía que "en momentos de gran afluencia de vehículos su cuota desciende, y por ello en algunos momentos del arlo debe estar por encima" (f. 1290 y 1312: Declaración y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción; f. 1460 y 2320: Documentos recabados en la inspección de Balearia)..

El 17 de febrero de 2009 se celebró una reunión entre FRS, Acciona y Balearia a la que asistieron por parte del FRS el Director General, por Acciona el Director de Pasaje y el Delegado Coordinador Zona Sur y por Balearia el Director General de Negocio y el Director de Baleares y Estrecho.

Las navieras analizaron la retribución a las agencias y constataron, según la declaración del solicitante de reducción, que FRS y Acciona no cumplían el compromiso de reducción. Según el solicitante de reducción, esto se comprobaba en las intermediaciones del puerto, donde las agencias retenían a los vehículos con clientes esperando la salida de FRS que daba mayor comisión. Esta compañía justificaba su actitud basándola en la menor capacidad de sus barcos y en que, llegado el momento de la OPE, se vería perjudicada por esta menor capacidad y vería reducida su cuota respecto a lo acordado. De ahí que se apuntara a determinar unas cuotas mensuales que pudieran ser cumplidas realmente. Se debatieron fórmulas para compensar las posibles desviaciones de cuota, como la cancelación de salidas, y se propuso cancelar o reducir rotaciones o la anulación de grupos, aunque no se llegó a concretar (f. 1261, 1275, 1290 y 1291, T. de clemencia: Declaraciones y documento aportados en el marco de la solicitud de reducción)."

Y se añade:

"El 21 de abril de 2009 tuvo lugar una reunión entre Acciona, Balearia y FRS, en el curso de la cual las navieras acordaron precios aplicables a grupos turísticos, compartieron los precios de algunos clientes concretos, y comentaron las tarifas generales así como las comisiones a las agencias (f. 1291). En las notas de la reunión obrantes en el expediente puede leerse (f. 1324 aportado por Balearia en el marco de su solicitud de reducción y 1473 y 1474, T VII, recabados en la inspección de Balearia):

"TEMAS ESTRECHO

Grupos turísticos:

Balearia: OW= Todos 18e,

RT= todos 26? excepto MTM-Hispamarroc= 200Dh

TVI-Travelsur= 20E (FRS ofrece 23E)

FRS: OW= todos 186 pero Marruecotour vende a 18E grupos ficticios PVP (lo oímos y vemos, estamos al lado)

RT= MTM 17E (Hispamarroc lo sabe) ¿Charaban 20E7 (Andaluciatours, Costáfrica, DUT..) No llevamos ni 1 grupo, dicen que pagan 20E

Acciona: OW= 13E en AC (Flandría, no llevamos ni 1 grupo, dicen que pagan 13e, AT no se vende OW

RT= MTM hasta mayo, 126 luego 186, algún charabán tienen.

Tarifa General:

Acciona: desde hoy ha subido, nos controlamos embarques

FRS. cobra diferencias en Tarifa: no admisible pues quita clientes Alg: devolver billetes a la agencia, admitir control embarques

Comisiones:

Acciona/ Eferrys:

12%: Arnal, Deltatour, Transaftric, Algenova, Fitsa, Trujillo, Dato

10%: Miriamtours

Resto: estimamos media 10% comisión

FRS: 18% Dato, Transaftric (Tar-Tan).".

Para continuar:

"El 25 de mayo de 2009 tuvo lugar una reunión en Los Barrios (Cádiz) entre FRS, representada por su Director General, y Balearia, representada por su Presidente y por el Director General de Negocio (f. 1275, 1276, 1292: Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción).

El objetivo de la misma era alcanzar un acuerdo entre Balearia y FRS con el fin de ordenar el tráfico en la línea Algeciras-Ceuta con una duración de un año a partir del 1 de junio de 2009. Se pretendía poner en común una serie de medidas para dar cumplimiento al acuerdo. Concretamente se acordó intentar bajar las comisiones de los agentes y compensar las desviaciones de las cuotas de mercado acordadas mediante los viajes extra que se realizaban en verano, reaccionar conjuntamente ante las agresiones de otras compañías, bajar las comisiones a las agencias, se adoptó la prohibición de aplicar tarifas de menor o gratuidades a adultos, así como de aplicar tarifa de turismo a vehículos de mayor tamaño, se acordaron horarios y modular la cuota mediante viajes especiales y, llegado el caso, volcando la venta de las redes de venta hacia la empresa que lo necesitase (f. 1331 a 1333 aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción, y f. 1452 a 1454 recabados en la inspección de Balearia; confidenciales para Acciona)..

El 10 de junio de 2009 tuvo lugar una reunión entre Acciona, Balearia y FRS en las oficinas de Acciona en Algeciras. Por parte de Acciona asistieron el Delegado Coordinador Zona Sur y el Director de Pasaje, por parte de Balearia el Director General de Negocio y el Delegado de Algeciras y Ceuta, por parte de FRS el Director General (f. 1292: Declaración aportada por Balearia en el marco de su solicitud de reducción, y f. 1411 y 1412 recabados en la inspección de Acciona). En la reunión las navieras acordaron:

- Mantener la oferta a los residentes de Ceuta durante el intercambio.
- Eliminar carnet joven y jubilados.
- Aumentar las tarifas de no residentes un 3,5% respecto de 2008.
- Reducir el precio del vehículo de residente (por mantener la oferta).
- El número de viajes de ida y vuelta a realizar diariamente por cada compañía en verano, señalándose que FRS haría viajes adicionales si lo exigiera su cuota...

Desde el 1 de noviembre de 2009 Acciona, FRS y Balearia empezaron a controlar las cuotas asignadas a cada una de ellas, y continuaron los contactos con el fin de coordinar los horarios de cada compañía y obtener salidas alternas cada hora (f 1293 y 1346: Declaraciones aportadas en el marco de su solicitud de reducción. F. 2396 a 2473, 2474 a 2484, 2485 a 2490 y 2491 a 2568. En relación con el seguimiento de cuotas, los f. 2396 a 2473, 2474 a 2484, 2485 a 2490 y 2491 a 2568 se corresponden con listados de las cuotas y de las unidades transportadas en 2008, 2009 y en enero y mayo de 2010 por cada una de las compañías y fueron recabados en la inspección de Balearia)..

El viernes 12 de marzo de 2010, se celebró una reunión entre diversas navieras, entre ellas, Balearia, representada por el Presidente y el Director General de Negocio, Acciona, representada por el Consejero Director General y el Director de Explotación, FRS, representada por el Director General. Las navieras pactaron en dicha reunión una subida de precios para pasaje y vehículos coordinada por tipo de buque, por tráfico y por fechas y el calendario en el que las navieras lo llevarían a término, que oscilaba entre el 18 y el 25 de marzo de 2010 (f. 1281: Declaración aportada por Balearia en el marco de su solicitud de reducción; f. 1239: Nota aportada por Balearia en el marco de su solicitud de reducción).

Las navieras intentaron promover un acuerdo de cuotas que, según el solicitante de reducción, no se alcanzó finalmente. Acciona presentó su propuesta en la reunión (f. 1293: Declaración aportada por Balearia en el marco de su solicitud de reducción; f. 1241: Nota aportada por Balearia en el marco de su solicitud de reducción).



*Balearia presentó su propuesta para ser discutida entre los asistentes (f. 1284: Nota aportada por Balearia en el marco de su solicitud de reducción)...*

*Entre el 15 y el 25 de marzo de 2010 se produjo un incremento de las tarifas de manera coordinada según lo acordado en la reunión del 12 de marzo de 2010 (f. 1293, declaración aportada por Balearia en el marco de su solicitud de reducción)...*

*A la semana de haberse establecido el incremento de precios se empezaron a bajar los precios mediante el cobro de adultos a precio de niño y prácticas similares (f. 1293: Declaración aportada por Balearia en el marco de su solicitud de reducción; f. 1243, 1245, 1246, 1248, 1250 y 1252 aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción)."*

En cuanto a la conducta imputada a la recurrente, según el fundamento jurídico primero de la Resolución impugnada:

*"La Dirección de Investigación considera que los hechos probados arriba descritos acreditan la existencia de un cártel en el transporte de pasajeros y vehículos en la línea marítima que une Algeciras y Ceuta, desarrollado a través de reuniones, llamadas telefónicas o correos electrónicos entre representantes de FRS y de las navieras de los Grupos Acciona y Balearia, en las que se adoptaron acuerdos anticompetitivos sobre reparto de mercado, fijación de precios y cuotas de mercado, coordinación de horarios, fijación de condiciones comerciales para las agencias, eliminación y coordinación de ofertas y mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas y mecanismos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los acuerdos en el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea que une Algeciras y Ceuta, entre las empresas del Grupo Acciona, del Grupo Balearia al menos desde febrero de 2008 hasta abril de 2010, y de FRS, desde octubre de 2008 a abril de 2010, constituyen una infracción del artículo 1.1 de la LDC ..."*

*El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que la información obrante en el expediente, y que se deduce del relato de los Hechos probados de esta Resolución, acredita la existencia de una serie continuada de contactos entre Balearia, Trasmediterránea y FRS (consistentes en reuniones y comunicaciones entre ellas) realizadas con el objeto de coordinar sus políticas comerciales en la línea marítima Algeciras-Ceuta-Algeciras y alcanzar acuerdos sobre reparto de cuotas, fijación de precios, coordinación y eliminación de ofertas, fijación de condiciones comerciales a las agencias de viajes, coordinación de horarios, mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas y mecanismos de seguimiento y control de los acuerdos, sin que las alegaciones formuladas por Trasmediterránea y FRS hayan logrado desvirtuar esta imputación."*

La falta de prueba directa de que la actora fuese parte de un cártel no impide que efectivamente lo sea, y resulte de su comportamiento. De la relación fáctica anterior, resulta que participó en reuniones, estuvo al corriente de los acuerdos y participó en ellos, aplicó en algunos casos lo acordado y en otros, discutió las condiciones por entender que le eran perjudiciales.

En este punto hemos de recordar el concepto de 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 1997 \7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741 ) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). 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, el comportamiento de la recurrente, resultante de los hechos expuestos anteriormente, supone necesariamente la participación en los acuerdos relativos a los extremos señalados, sean estos expresos o no. Se ha acreditado su participación en diversas reuniones en las que se adoptaron acuerdos, se observó una subida de precios, si bien por un periodo limitado, sin que se observase acción divergente de la recurrente. Los hechos probados no dependen, por ello, de un intento de Balearia de suministrar la máxima información, sino que encuentran el soporte recogido en el expediente administrativo y del reflejo de los acuerdos en el mercado.

Resulta claro, que la recurrente participó en la elaboración de una estrategia comercial conjunta con otras empresas competidoras, con independencia de que la misma se llevase a efecto - al menos parcialmente se desplegó en el mercado -, y, con independencia de que en algunos aspectos de los acuerdos expresase su discrepancia.

Respecto a la alegación de la vulneración del principio ne bis in idem, ya ha sido resuelto en nuestra sentencia de 26 de noviembre de 2013, recurso 18/2012 .



"CUARTO. - En cuanto al primer motivo de impugnación aducido en la demanda a favor de la nulidad de la resolución impugnada basada en la vulneración del principio del *ne bis in idem*, conforme al art. 133 de la LRJPAC 30/1992, debemos recordar el contenido del mencionado principio.

El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre el principio *ne bis in idem* desde la STC 2/1981, ha establecido que debe ser considerado como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora ( art. 25.1 C.E. ).

En el fundamento jurídico 4. de aquella Sentencia se declaró que «El principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».

Posteriormente, en la STC 159/1987 (fundamento jurídico 3.), se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues «semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado ( Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico 4. )».

El primordial enfoque de este principio es el sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego y se orienta a evitar que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, o entre dos sanciones administrativas, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración.

La actora considera, en el presente caso, que existe identidad subjetiva, de hechos y fundamento, entendiéndose que procedería una reducción de la sanción de un 30%. La resolución impugnada y la Abogacía del Estado consideran que no existe identidad de fundamento, al haberse sancionado en el expediente 80/08 un cártel relativo a la utilización de las tarifas de intercambio. Sin embargo, hay que darle la razón a la recurrente al considerar que existe dicha identidad, tanto en cuanto a los sujetos, como fundamento (puesto que se sanciona un cártel prohibido por el art.1.1 de la ley 15/2007 ) e incluso de los hechos, puesto que existe en ambos procedimientos un período común de tiempo en que se sanciona la participación de la recurrente en un cártel (Semana Santa de 2.008, verano de 2.008 y 2.009), lo cual ha afectado tanto a las tarifas de intercambio de paso del estrecho como al resto de precios aplicables, careciendo de autonomía sancionadora suficiente la circunstancia de que en el expediente 80/2008 se tuviera sólo en cuenta el régimen de las tarifas de intercambio.

Pues bien, en nuestra sentencia de 21 de enero de 2013, recurso 603/2012, se estimaban parcialmente los recursos contencioso-administrativos, y se anulaba la sanción impuesta a la hoy actora, por la mencionada OPE, que quedaba fijada en la cuantía de 166.666 euros (ciento sesenta y seis mil seiscientos sesenta y seis). A fin de evitar la infracción del *ne bis in idem*, deberá deducirse de la sanción impuesta en el presente recurso, la sanción que definitivamente quede fijada respecto del período objeto de la operación de paso del estrecho, que fue impuesta por Resolución de 8 de septiembre de 2.010, al haber una coincidencia parcial del período objeto de sanción en el presente recurso (octubre de 2.008 a abril de 2.010) con el que ya fue tenido en cuenta en la mencionada Resolución.

**CUARTO** : Respecto de la calificación jurídica de esta conducta, hemos de recordar lo dispuesto en 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."*

El artículo 101 del TFUE :

*"1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

- a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."*

La recurrente sostiene, implícitamente, que la CNC ha subsumido incorrectamente la conducta al considerarla anticompetitiva por objeto, cuando la calificación correcta sería por el efecto, y tal efecto no se ha probado.

La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

Pues bien, al margen de que no es comprensible una conducta de acordar condiciones económicas y reparto del mercado, si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que tales conductas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir, que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 .

Se denomina cartel o cártel a un acuerdo formal entre empresas del mismo sector, cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Los cárteles suelen estar encaminados a desarrollar un control sobre la producción y la distribución de tal manera que mediante la colusión de las empresas que lo forman, estas forman una estructura de mercado monopolística, obteniendo un poder sobre el mercado en el cual obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores. Por ello, las consecuencias para estos son las mismas que con un monopolista.

Estos elementos aparecen en los hechos que enjuiciamos, porque, con independencia de que el comportamiento pueda calificarse de cártel, es evidente que se ha producido un acuerdo de voluntades contrario a la libre competencia en los términos expresados.

En este caso han existido acuerdos que por su objeto son aptos para restringir la libre competencia en cuanto se fijan precios, comisiones, cuotas de mercado y se intercambia información sensible. Y estas decisiones se toman en reuniones a las que asiste la recurrente, sin oposición por su parte, aún cuando en el mercado, dichos acuerdos no fuesen completamente desarrollados.

Este comportamiento no puede exencionarse aplicando la regulación sobre intercambiabilidad de billetes y horarios, ni aún con efectos retroactivos, pues el comportamiento analizado y que resulta de los hechos probados, no se encuentran vinculados a la intercambiabilidad de billetes u horarios; sino que se vincula, como se ha señalado, son reparto de cuota mercado, fijación de precios y comisiones y tiende a evitar la competencia en el mercado en la línea Algeciras Ceuta, por lo que tampoco podemos admitir la aplicación del principio de confianza legítima, pues la intervención administrativa solo lo es en relación a la intercambiabilidad, sin comprender la materia sobre la que versan los acuerdos que examinamos.

**QUINTO:** Debemos ahora examinar la graduación de la multa que procede imponer. Para ello es necesario analizar dos extremos, la configuración legal del porcentaje y el volumen de negocio sobre el que ha de aplicarse. Hemos de señalar desde ahora que, si bien la actora no plantea la cuestión en los términos en que va a ser analizada, lo cierto es que expresamente alega falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, lo que



implica necesariamente un juicio previo tanto de la mecánica en la graduación del porcentaje a aplicar, como la el volumen de negocio sobre la que ha de aplicarse. Por tal motivo, por providencia de 15 de noviembre de 2013 se sometió a las partes, la cuestión relativa a la aplicación de límite previsto en el artículo 63 de la Ley 15/2007 .

Veamos en primer lugar la dicción literal de los preceptos que determinan la sanción:

El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece:

*"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, 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."*

Y el artículo 63 de la Ley 15/2007 determina:

*"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas 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."*

Analizaremos estos preceptos, idénticos entre sí en relación con las infracciones muy graves, desde los parámetros señalados.

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 Simmental 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.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2007 dispone:

"La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia."

Del contenido anterior, se concluye que la CNC en sus comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, pero ello no implica una habilitación para fijar las sanciones.

Por ello la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, y a ello hace referencia la respuesta del Sr. Abogado del Estado a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el



máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución , en los términos examinados.

La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 - y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables.

En este sentido se expresó la sentencia del TS de 6 de marzo de 2003 al señalar que no se observaba vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Ley 16/1989 , pues entendió que tal artículo señalaba el máximo de multa pecuniaria, y admitía la posibilidad de una graduación razonada atendiendo también a los criterios legalmente establecidos.

**SEXTO:** 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 reprobación 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)."

La vinculación del valor de las ventas de bienes o servicios en relación directa o indirecta con la infracción en el sector geográfico correspondiente, es precisamente el parámetro establecido para la determinación de las sanciones que deben imponerse, pero como en nuestro Derecho esas sanciones han de venir establecidas por la Ley - y el Reglamento CEE 1/2003, en su artículo 5 remite la imposición de las sanciones al Derecho interno

-, el parámetro del mercado afectado directa o indirectamente por la infracción ha de venir referido al cuadro de sanciones del artículo 63 de la Ley 15/2007 .

El artículo 3 del Código Civil establece:

*"1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."*

El criterio gramatical no es suficiente para resolver el problema, pues el precepto de aplicación se refiere al *volumen de negocios total de la empresa infractora* , pero sin especificar a) si el volumen de negocios total lo es en todas las ramas de actividad o tan sólo en la afectada, b) si el concepto de empresa viene referido a la "unidad patrimonial autónoma y compleja" a través de la cual se realiza la actividad económica, a la personalidad jurídica de la entidad infractora o al grupo empresarial en que se integra de existir éste. Lo que resulta claro, es que se excluye de la base para la imposición de la sanción el concepto de volumen de operaciones afectadas por la infracción, pues el concepto de "volumen de negocios total" no puede incluir tan solo las operaciones afectadas por la infracción sino que ha de ser más amplio, precisamente porque se señala el término "total"

No es el criterio gramatical suficiente para solucionar el problema jurídico que se plantea, pues los conceptos que contiene el precepto admiten, desde el punto de vista jurídico, diversas acepciones y delimitaciones; por tal razón hemos acudido "al espíritu y finalidad" de la norma para la delimitación del concepto que encierra y que es, precisamente, la base sobre la que debe aplicarse la sanción.

Por último, hemos de señalar, de una parte, que la interpretación normativa ha de venir resuelta por parámetros de prevalencia del Derecho europeo y de constitucionalidad en primer término, que deben operar con preferencia a la voluntad del legislador, pues tanto el Derecho Europeo como la Constitución son normas prevalente a las de rango de Ley. De otra parte, el supuesto en que una empresa haya cesado en su actividad con anterioridad al año anterior a la Resolución de la CNC, es irrelevante, pues en tal caso, tampoco podría aplicarse el 10% como umbral de nivelación, y, en todo caso, el criterio temporal de la norma es claro.

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

Señala la recurrente que su volumen de negocios en la línea Algeciras Ceuta ascendió en el 2010 a 13.186.189,38, por lo que la multa impuesta excede del 10% señalado.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser anulada.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre 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 **Förde Reederei Seetouristik Iberia S.L.** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ramón Rodríguez Nogueira, 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 10 de noviembre de 2011** , debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la sanción de multa impuesta a la recurrente, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en este extremo dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente, **ordenando** a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada en la delimitación del mercado afectado y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos, deduciéndose la multa que resulta del expediente S/0080/08, **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 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 que formula el Ilmo Sr. Magistrado D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA a la sentencia de fecha 7 de marzo de

2.014 pronunciada en el recurso nº 670/2011, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Aceptando los hechos relatados en la sentencia impugnada, y los fundamentos de derecho con excepción del quinto y sexto, sin embargo, lamento tener que discrepar del parecer de la mayoría respecto de la identificación del volumen total de negocios con el del mercado afectado que se hace en el fundamento de derecho quinto y sexto. Y ello en virtud de estos

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La identificación que ha venido haciendo la Sala, con pleno respeto a dicho criterio, entre el volumen total de negocios a que se refiere el artículo 63.1.c con el volumen afectado por el mercado del art. 64.1 de la Ley 15/2007, a mi modo de ver no resulta conforme a derecho, y ello en virtud de los siguientes argumentos:

1.- Los propios términos utilizados en dichos preceptos de la Ley 15/2007, deliberadamente distintos, como son los de "volumen total de negocios" y "dimensión del mercado afectado". Es significativo el empleo de estos términos, en relación con el texto anterior ( art.10.1 de la ley 16/89 ), pues la utilización de la palabra volumen "total" de negocios es un término absolutamente novedoso -"total"- que en la ley anterior no existía.

2.- Con independencia del contenido de la Comunicación a la que se refiere la CNC, que tan sólo presenta un alcance meramente interpretativo, lo cierto es que el sistema utilizado por la Administración demandada se ajusta plenamente al que se aplicó por la Comisión Europea ( art.23.2 del Reglamento 1/2003 ), y por tanto, es conforme al Derecho comunitario.

3- El propio Tribunal Supremo cuando interpretó el art.10 de la Ley anterior 16/89 expresamente admitió la constitucionalidad del sistema sancionador de dicha ley, muy parecido al vigente con la excepción del límite inicial de las multas a 150.000.000 millones de ptas ( STS de 29.5.2013, recurso 1312/2010 ). Por ello, la falta de certidumbre del régimen sancionador vigente, y de obligado cumplimiento de las exigencias del art.9.3 y 25.1 de la CE que ha venido invocando la Sala, debería determinar, en su caso, la aplicación de una cuestión de inconstitucionalidad, que debiera correr igual suerte que la que desestimó el Tribunal Supremo en dicha sentencia. Lo cierto es que tampoco se vislumbra tal vicio en la ley vigente, pues no puede decirse que confiera a la Administración una potestad omnímoda de fijación del tipo sancionador, al ser susceptible de graduación y control de la sanción a través de los criterios del art.64, aunque constituyan, en algunos casos, conceptos jurídicos indeterminados, pero susceptibles de determinación en el caso concreto, como ya vino a indicar el Tribunal Supremo, con independencia del estéril debate sobre si el 10% es un tope o un umbral de nivelación.

4.- No se puede obviar y esto es lo importante, que la voluntad del legislador ( art.3.1 del CC ), al aprobar la Ley 15/2007, ha sido, y no es otra, que la de utilizar un sistema de imposición de sanción que ha resultado ser el precisamente aplicado por la CNC. Conviene tener en cuenta que la redacción del artículo 63. apartados 2º y 3º de la citada Ley responde a la aprobación de la enmienda 206 del grupo parlamentario socialista ( Diario de sesiones del Congreso de 26 de febrero de 2.007 ), y en ella se recoge expresamente que la finalidad de la enmienda cuando indica que " *estos criterios no son elementos que determinen la fijación de la cuantía base puesto que ésta viene representado por la delimitación o del volumen de negocios sino que se aplican a posteriori para fijar la cuantía final dentro de los tramos correspondientes en función del tipo de infracción y de la aplicación de un porcentaje en caso de delimitación del volumen de negocios o de un tramo de cantidades fijas cuando éste no se ha podido detener delimitar* ".

Es decir, la voluntad del legislador responde plenamente al sistema sancionador utilizado por la CNC: debe tenerse en cuenta que el artículo 63.1.c representa el límite máximo sancionador, y el art. 64 determina los criterios de cuantificación de la sanción, en el que obviamente habrá de tenerse en cuenta el tiempo de duración de la infracción en el mercado afectado, al que puede aplicarse, por ese tiempo un tipo superior del 10% con tal de que no exceda del 10% del volumen total de negocios del último ejercicio.

5.- Tampoco pueden obviarse los acertados argumentos de la Abogacía del Estado cuando considera que de tener en cuenta el 10% del volumen del mercado afectado en el último ejercicio podría darse la circunstancia de que llegarían a sancionarse conductas que por el tiempo de duración del expediente sancionador han cesado en el ejercicio tenido en cuenta, e igualmente, resultaría de igual condición quien comentó la infracción a la legislación de competencia durante un año que durante 10.

**SEGUNDO.**- Por consiguiente por todos los motivos tenidos en cuenta, y conforme al voto particular expresado en ocasiones anteriores por la magistrada Dña. Lucía Acín Aguado, no existe falta de proporcionalidad de la sanción en el sistema aplicado por la CNC conforme a la comunicación emitida por dicho organismo en cuanto



pueden aplicarse tipo sancionadores de hasta el 30% del mercado afectado por varios ejercicios con tal de que no se supere la cifra del 10% del volumen total de negocios correspondiente al ejercicio anterior a la sanción, que eso sí, y tal como se expuesto en el fundamento de derecho séptimo constituye un límite infranqueable por imposición legal, que ha de respetarse.

**TERCERO.**- En consecuencia, procedía la desestimación del recurso contencioso-administrativo; sin costas a la recurrente, a la vista del debate reconocido en la Sala, del que se deduce la existencia de dudas de derecho, conforme al art.139 de la ley jurisdiccional .

Así lo expresan el Magistrado firmante del voto particular, el cual habrá de notificarse a las partes junto con la resolución adoptada por la mayoría en la forma prevenida por la ley.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la resolución de la que discrepo.

### Voto Particular

**VOTO PARTICULAR** que formula el Magistrado D SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, a la sentencia de 7 de marzo de 2014 dictada en el recurso **670/2011**.

La sentencia de la que discrepo plantea dos cuestiones vinculadas a la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC ), que deben resolverse, en mi opinión, en sentido distinto al adoptado por la mayoría:

a) La primera: sobre la naturaleza, para fijar la multa, del porcentaje del 10% del volumen de negocios de la empresa sancionada.

b) La segunda: sobre la base que este límite debe aplicarse.

**PRIMERO** : Por lo que respecta a la primera de las cuestiones referidas, esto es, la determinación de la naturaleza del límite del 10%, mi discrepancia se refiere al FJ 5º de la sentencia de referencia, y la formulo en los siguientes términos:

1º. En mi opinión, la distinta naturaleza jurídica de la Comisión Europea y la CNC no tiene la importancia que la sentencia le confiere, pues, aunque, sin duda, su régimen jurídico y estatuto son distintos, ambas son, en lo que a este caso afecta, organizaciones administrativas que imponen sanciones en materia de libre competencia, siendo estas sanciones de naturaleza penal a los efectos de la Convención de Roma de 4 de noviembre de 1950.

Esta doble circunstancia resulta compatible con la Convención, si dichas resoluciones son susceptibles de ser controladas por un órgano judicial independiente, que merezca tal calificación según los parámetros del artículo 6 de la Convención y que actúe con plena jurisdicción, lo que nadie cuestiona. A este respecto me remito al apartado 59 y concordantes de la STEDH de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini .

2º Tampoco comparto, por las razones que se exponen en los apartados siguientes, la afirmación que se hace en la sentencia, en el sentido de que cuando la normativa española ( artículo 63 LDC ) impone un límite máximo para las sanciones del 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior, dicho límite debe identificarse con el grado máximo que puede imponerse a las infracciones muy graves, y no como indica el Tribunal General, con umbral de nivelación. Según la sentencia esta interpretación sólo sería válida para la actuación de la Comisión Europea.

En caso contrario, estima la sentencia, la regulación española debería calificarse como inconstitucional por violación del artículo 25 E, lo que expresamente descarta a la vista de la jurisprudencia del TD al respecto.

3º. El Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en la actualidad artículos 101 y 102 TFUE ), en su artículo 23. 2 y 3, ciertamente sólo menciona a la Comisión como órgano competente para la imposición de las multas sancionadoras por infracción de los artículos 81 y 82. Además establece, como únicos criterios para determinar su importe, el de la gravedad de la conducta y el de su duración, indicando que la multa no podrá superar el 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior, todo ello sin establecer una escala de infracciones y sanciones y sin mencionar otros criterios de graduación de la multa.

No obstante, resulta pertinente tomar en consideración los siguientes aspectos: a) La CNC es competente para aplicar en España los artículos 101 y 102 del TFUE . Para hacer efectivo el respeto a las reglas de la libre competencia, podrá imponer sanciones ( artículo 5 y considerando 29 del Reglamento 1/2003 ). Estas sanciones tienen como finalidad garantizar el efecto útil de los artículos 101 y 102 TFUE . b) Si bien los principios enunciados en los artículos 101 y 102 TFUE confieren un protagonismo especial a los órganos de



la Unión, debe fomentarse la participación de los Estados nacionales en la aplicación eficaz de las normas de competencia, (considerando 34 del Reglamento 1/2003) c) Cuando el Reglamento 1/2003 estima que determinados aspectos del mismo no son de directa aplicación en los Estados miembros, así lo indica, como es el caso de las reglas para valoración de la prueba y para la determinación de los hechos, y precisa a continuación que ello será posible siempre que las disposiciones nacionales sean compatibles con los principios generales del derecho comunitario (considerando 5 del Reglamento 1/2003).

4º. En el presente caso, el artículo 63 LDC impone que el importe de la multa por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE no puede ser superior al 10% del volumen total de negocios de la empresa infractora en el año anterior a la comisión de la infracción, y es, en este punto, fiel trasunto del Reglamento 1/2003.

Por esta razón, debe interpretarse necesariamente por todos los órganos jurisdiccionales nacionales, en la forma que lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sus resoluciones, ya sean del Tribunal de Justicia, como del Tribunal General, pues ambas jurisdicciones son llamadas por el artículo 19 del TUE a garantizar, en nombre de la Institución en la que se integran, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el respeto del Derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados.

5º En estas circunstancias, solo cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal General y del Tribunal de Justicia, es unánime cuando indica que el límite del 10%, no se identifica con la multa máxima que puede imponerse a las infracciones muy graves, sino que opera como un umbral de nivelación.

En consecuencia, se calculará la multa en función esencialmente de los criterios de gravedad y duración de la infracción, con la aplicación, en su caso, de las circunstancias modificativas de responsabilidad que se estimen pertinentes, y desde el respeto a los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

En definitiva, atendiendo a las particulares circunstancias del caso, la autoridad de competencia podría establecer una sanción muy superior a ese 10%, del volumen total de negocio del ejercicio anterior, pero en la práctica no podría exigir su pago, porque en ese momento operaría el límite referido y la sanción no sería exigible más allá del mismo. Por ello se califica como umbral de nivelación y no como límite máximo de la sanción por falta muy grave.

Esta construcción tiene consecuencias prácticas importantes y permite desvincular el hecho de la imposición de multas sancionadoras por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE cercanas al límite del 10%, con la violación del principio de proporcionalidad o igualdad. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012, asunto T- 352/09, Novácké chemické závody a.s., apartado 161 y ss.

Por estas razones estimo que la única interpretación que cabe respecto del referido límite del 10%, es la que acaba de exponerse, sin que sea posible una reinterpretación del mismo realizada en clave nacional.

6º. Una cuestión distinta es la de si el sistema regulado en los artículos 63 y 64 de la LDC, que es más garantista que el establecido en la normativa de la Unión, resulta compatible en esa extensión suplementaria, con el marco constitucional español, y en concreto con artículo 25 CE y el principio de taxatividad ( STC 100/2003 ).

La sentencia de la que discrepo aborda también esta cuestión en términos que entiendo que deben ser matizados, pues para justificar la constitucionalidad de los preceptos citados, descarta la naturaleza del límite del 10% como umbral de nivelación, afirmación que, como he dicho, resulta intangible para el juzgador español.

El Tribunal Supremo en varias sentencias desde la inicial STS de 6-3-2003 RC 9710/1997, hasta la más reciente de 28-1-2013 RC 7280/2005, se ha manifestado, de forma constante, en el sentido de que el artículo 10 de la Ley 16/1989, precedente de los actuales artículos 63 y 64 de la LDC, no infringía el artículo 25 CE, y en concreto el principio de taxatividad.

Un examen comparativo de ambos textos legales, nos permite concluir sin dificultad, que la nueva normativa introduce mayores garantías, por lo que, razonablemente cabe entender que la citada doctrina jurisprudencial no se ha visto alterada por la modificación legal, razón por la que no creo pertinente ahondar en esta cuestión, pues basta la remisión a dicha jurisprudencia.

**SEGUNDO** : En lo que respecta al segundo motivo de discrepancia al que he hecho referencia, esto es, la base sobre la que dicho límite debe aplicarse que se trata en el FJ 9 de la sentencia de la que discrepo, me remito directamente al voto de la Magistrada D<sup>a</sup> Lucía Acín, reiterado en distintas ocasiones, que transcribo a continuación:

"Los motivos por los 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 los 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.

El importe de base de la multa 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), teniendo en cuenta el período de participación en la 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 ... 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 la mayoría de mis compañeros que limita 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 implica la imposibilidad de imponer sanción) que en algunos casos puede determinar que dicho importe ni siquiera supere el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva".

**PUBLICACIÓN** / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.