

Roj: **STS 86/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:86**Id Cendoj: **28079130032015100014**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **26/01/2015**Nº de Recurso: **1526/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 1051/2013,**
STS 86/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil quince.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1.526/2.013, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 1 de marzo de 2.013 en el recurso contencioso-administrativo número 524/2.011, sobre sanción por obstrucción de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia (expte. SNC/0014/11).

Son parte recurrida COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROPA FERRYS, S.A., representadas por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 1 de marzo de 2.013, por la que se estimaba en parte el recurso promovido por Compañía Trasmediterránea, S.A. y Europa Ferrys, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 21 de septiembre de 2.011, que declaraba que la actuación de dichas sociedades en el curso de la inspección desarrollada por funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia en su domicilio social el 25 de mayo de 2.011 fue constitutiva de obstrucción de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia tipificada en el apartado 2.e) del artículo 62 de la Ley de Defensa de la Competencia, siendo responsables de la misma las demandantes e imponiéndoles por ello solidariamente una sanción de 2.093.000 euros, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.a) del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia (expte. SNC/0014/11).

La parte dispositiva de la sentencia dice:

"Que debemos **ESTIMAR EN PARTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A. Y EUROPA FERRYS, S.A.**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de septiembre de 2011, a la que la demanda se contrae que anulamos en parte en cuanto al importe de la sanción impuesta que queda reducidas a 418.600 €. Sin expresa imposición de costas."

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada preparó contra la misma recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 15 de abril de 2.013, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.



TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado las mismas al Abogado del Estado, para que manifestara si sostenía el recurso de casación, quien ha presentado en el plazo concedido el escrito por el que interpone el mismo, formulando los siguientes motivos:

- 1º, que se ampara en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del artículo 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y

- 2º, basado en el apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del artículo 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con la jurisprudencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la recurrida, anulándola, y que en su lugar se dicte otra por la que se confirme el acto recurrido.

El recurso de casación ha sido admitido en providencia de la Sala de fecha 9 de septiembre de 2.013.

CUARTO .- Personadas Compañía Trasmediterránea, S.A. y Europa Ferrys, S.A., su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el mismo, con imposición de costas conforme al artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción.

QUINTO .- Por providencia de fecha 10 de octubre de 2.014 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 20 de enero de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado interpone recurso de casación contra la Sentencia de 1 de marzo de 2.013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo entablado por Compañía Trasmediterránea, S.A. y Europa Ferrys, S.A., contra la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia por obstrucción a su labor inspectora. La Sentencia impugnada apreció que efectivamente había habido obstrucción a la inspección efectuada por los servicios de la Comisión, pero redujo la sanción de 2.093.000 euros a 418.600 euros en aplicación del principio de proporcionalidad.

El recurso lo formula el Abogado del Estado mediante dos motivos. En el primero de ellos, acogido al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se aduce la insuficiencia de motivación en relación con la reducción de la cuantía de la multa.

El segundo motivo, amparado en el apartado 1.d) del citado precepto procesal por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, se basa en la supuesta infracción de los artículos 131.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) en relación con la jurisprudencia (STC 18/1981 y SSTS de 8 de marzo de 2.012 y de 14 de octubre de 2.010).

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la Sentencia recurrida.

La Sentencia de instancia justifica la estimación parcial del recurso en las siguientes razones:

" **SEGUNDO**.- La parte actora plantea las siguientes cuestiones en su escrito de demanda:

1.- Vulneración del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución por la indebida denegación de toda la prueba testifical propuesta.

2.- Ausencia de tipicidad de la conducta, por cuanto la actuación de las sociedades no obstruyó de ninguna forma la labor de inspección de la CNC.

3.- La aplicación del artículo 62.2.e) de la LDC por parte de la resolución impugnada supone una exégesis contraria a los principios de legalidad y tipicidad, en su vertiente de exigencia de previsibilidad en la aplicación de las normas sancionadoras.

4.- Vulneración del principio de proporcionalidad.



5.- El dispositivo tercero de la resolución: remisión a la DI de la CNC para valorar si la conducta de cierta persona física pudiera ser objeto de sanción, carece de fundamento.

El Abogado del Estado en su contestación se opone a las pretensiones de la actora.

TERCERO.- Son datos fácticos relevantes a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, recogidos en el Acta de inspección y constatados en la relación de hechos probados de la resolución impugnada y que dada su extensión damos por reproducidos, los siguientes:

Que a las 9.30 del día 25 de mayo de 2011, se personaron los inspectores de la Comisión Nacional de la Competencia en la sede de las empresas Compañía Trasmediterránea, S.A. y de su filial Europa Ferrys, S.A. a fin de proceder a dar cumplimiento a la Orden de Investigación de fecha 18 de mayo de 2011, expedida por la Directora de Investigación de la CNC, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC).

Que dada la incomparecencia del Director Regional de Trasmediterránea y Director de Europa Ferrys y de cualquier otra persona responsable de la empresa, la secretaria es informada que el objeto de la visita es la realización de una inspección en materia de competencia, informándose igualmente que la CNC ha recabado autorización judicial de entrada en el domicilio de la empresa para la práctica de la inspección, autorización que ha sido concedida por el Juzgado.

Que pese a exigir en reiteradas ocasiones se procediese a la firma del recibí del Auto judicial y de la Orden de Investigación y que se facilitase el inicio inmediato de las labores materiales de la inspección, ésta se dilató en el tiempo por diversas causas, tales como el hecho de que el Director Financiero no atendiese al equipo inspector por dos veces, la falta de apoderamiento del Director Financiero y, la falta de respuesta del Departamento jurídico pese a haberse remitido vía fax toda la documentación.

Que solicitada a la Secretaria primero y al Director financiero después, ante la inexistencia de un organigrama o esquema de la estructura de la empresa en su delegación de Algeciras, la elaboración de un organigrama manuscrito o la explicación verbal de dicha información, dicha información también se dilata en el tiempo por cuanto se manifiesta por ambos, la necesidad de recabar autorización de sus superiores para facilitar información sobre la empresa. Ante la advertencia por parte de la inspección del deber de colaboración, se elabora dicho organigrama así como una relación de empleados que adolecen de errores y omisiones.

Asimismo se solicita la presencia del responsable de informática de la empresa que acude momentos más tarde al objeto de facilitar determinada información sobre los sistemas y aplicaciones informáticas utilizados por la empresa, así como de la organización del correo electrónico. Producida a las 12.30 una interrupción súbita cuando la inspección estaba accediendo a los servidores de la sede central de la empresa en Madrid se intenta recabar la presencia del Director de sistemas quien informa que se ha ausentado de la sede y que se personará a la mayor brevedad posible, lo que se produce a las 13.35 horas restableciéndose las comunicaciones sin que se facilitase información alguna sobre dicha incidencia.

Que requerida la presencia del Director y Delegado de Trasmediterránea en Algeciras, quienes utilizan ordenador portátil, sin que exista copia almacenada del correo electrónico en el servidor de la empresa se requiere la presencia de los mismos junto con sus ordenadores, siendo informados que el Delegado se encuentra de vacaciones -hecho acreditado- y que el Director que había sido informado a las 9.45 horas de la inspección y que se hallaba en unas jornadas o cursos está de camino a la sede en Algeciras, manteniendo su teléfono móvil desconectado y desplazado un empleado al lugar donde se esta celebrando la jornada, para recabar personalmente la presencia del Director, éste se había ausentado para desplazarse de manera urgente a Gibraltar.

La ausencia de los directivos de la empresa unida a las contingencias reseñadas en cuanto al acceso a la información de correo electrónico de dichos directivos, ha dificultado el análisis de dicha información por el equipo inspector.

Finamente y a las 20.10 horas, tras entregarse a los representantes de la empresa varias copias del acta de inspección, es firmada a las 21.45 horas.

CUARTO: Alega en primer lugar la actora la vulneración del derecho de defensa, por cuanto se denegó la prueba propuesta.

Al respecto debe señalarse que el presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.



La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, (STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podría ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión.

La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (STC 258/2007, de 18 de diciembre), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa".

Consta en el expediente que la hoy recurrente propuso como medios de prueba la documental y la testifical, siendo la primera admitida y denegada la segunda de forma motivada y justificada, ya que de los cinco testigos propuestos, tres son empleados de la empresa y dos son inspectores presentes el día de la inspección, resultando intrascendente a los efectos de desvirtuar el contenido el acta, cualquiera que hubiera sido el desarrollo de la prueba. A pesar de sus extensas alegaciones la empresa imputada no ha logrado acreditar la indefensión material que le ha provocado la denegación de las pruebas propuestas. Como ha afirmado la AN en su sentencia de 16 enero 2008 "el examen de la resolución denegatoria de las pruebas no admitidas, y de la propia resolución sancionadora, pone de manifiesto, a juicio de esta Sala que efectivamente la recurrente ha razonado la relación entre las pruebas inadmitidas y su finalidad, en este caso, no probar hechos, sino privar de validez a otras "pruebas" sobre las que, al menos parcialmente, descansa el acta de la inspección. Sin embargo, no ha resultado razonado de modo convincente que la resolución del procedimiento hubiera sido absoluta si se hubieran practicado."

Debe además señalarse que en el presente recurso la parte actora solicitó el recibimiento del pleito a prueba y solo propuso la prueba documental, no la testifical por lo que no pueda alegar indefensión alguna, cuando tuvo la posibilidad de subsanar la omisión de aquella prueba que a su juicio resultaba tan relevante.

QUINTO.- La demanda sostiene la vulneración del principio de tipicidad por cuanto ninguno de los hechos imputados puede subsumirse en el tipo infractor y por cuanto se ha llevado a cabo una interpretación de la norma contraria al principio de lex certa y de seguridad jurídica.

Antes de entrar en el análisis de cada uno de los hechos imputados anteriormente descritos, debe precisarse que a juicio de esta Sala la valoración de los mismos debe ser realizada en su conjunto y no de forma aislada o independiente como propugna la parte actora para reputar insuficiente la concurrencia del tipo infractor, ya que todos ellos se sucedieron en el curso de la inspección sin solución de continuidad y denotan una manifiesta actitud de obstrucción a la labor inspectora.

Respecto de la dilación injustificada del comienzo de la inspección debe señalarse que la firma del recibí de la documentación relativa a la inspección y el inicio de la misma se retrasó notoriamente por varias causas, la falta de personación en la sede del Director de la empresa, que si bien se encontraba en unas jornadas, fue avisado a las 9.45 de la existencia de la inspección, y tras dar unas breves instrucciones a la secretaria y comunicar que se dirigía a la empresa, desconectó su teléfono móvil, abandonó dichas jornadas para acudir a Gibraltar a resolver un asunto cuando un empleado de la empresa se personó para reclamar su asistencia, sin que se personase en la empresa durante el tiempo que duró la inspección.; el retraso en la comunicación de instrucciones por parte el Departamento jurídico de la matriz en Madrid, la demora en la comparecencia del Director Financiero que si bien en un primer momento no pudo atender a la inspección por encontrarse realizando consultas en un segundo momento contestó que estaba ocupado, la decisión de eludir y delegar la responsabilidad de firmar y la instrucción del departamento jurídico de no firmar hasta contar con asistencia letrada presente en la sede. Solo cuando el equipo inspector tuvo que insistir reiteradamente en que dicha conducta podría ser considerada un delito de desobediencia a la autoridad judicial y una negativa a facilitar el acceso a la empresa y que sería necesario recabar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad del Estado, el Departamento jurídico dio la orden de firmar el recibí.

Debe destacarse que de lo que se trataba era de firmar un simple recibí, para la entrega de la documentación, consistente en el auto judicial de entrada en la sede de la empresa y la Orden de investigación, no la prestación de un consentimiento ni de un permiso de entrada que había sido autorizada judicialmente. Por tanto no solo es la demora sino las constantes negativas y evasivas las que han permitido convertir una inspección sorpresiva en una inspección previamente anunciada, con los perjuicios que ello supone para la labor inspectora.

En segundo lugar vamos a hacer referencia a la presentación de la documentación requerida con retraso y de forma incompleta, pues transcurrieron más de tres horas desde la primera solicitud del organigrama de la empresa hasta que se entregó de forma completa y correcta.



La finalidad de dicha exigencia radica en la necesidad de que la inspección pudiese conocer la organización básica de la compañía inspeccionada para saber donde dirigir sus pesquisas, pues bien, tras señalarse que no se disponía de un organigrama previamente elaborado se solicita se realice de forma manuscrita al iniciar la inspección (18) y se vuelve a solicitar posteriormente (45), requerimiento que tampoco es atendido bajo pretexto de requerir autorización para dar información sobre la empresa, tras el oportuno apercebimiento, el Director Financiero elabora un organigrama manuscrito, con un carácter extraordinariamente simple faltando en el mismo el Delegado de la Compañía de Algeciras, pero es que, exigida una relación nominal de los trabajadores de la compañía esta se acompaña de forma incompleta omitiendo al Director Regional y al Delegado de la Compañía de Algeciras.

Es el propio tipo infractor el que enumera como conductas típicas la de "presentar documentación incompleta, incorrecta o engañosa", así como la de "no contestar a las preguntas formuladas o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa". (art. 62.2.e) LDC .

En tercer lugar la interrupción súbita de las comunicaciones informáticas que impidió el acceso por parte de los inspectores a la información de correo electrónico alojada en los servidores de la sede central en Madrid, durante 45 minutos y durante dicha interrupción no pudo contarse con la asistencia del responsable de sistemas de la empresa por encontrarse ausente de la misma, retrasando su personación durante una hora, pese a manifestar que acudiría a la mayor brevedad. Se trata de un apagón informático de una magnitud y duración no habitual en una compañía que, entre otros aspectos, ofrece sus servicios comerciales de transporte marítimo a través de la red.

Finalmente y en cuanto a la incomparecencia del Director regional durante toda la jornada de la inspección, a pesar de que su presencia fue requerida repetidamente por el equipo inspector, con objeto de acceder a la documentación almacenada en su ordenador portátil y solicitarle explicaciones sobre la misma, destacar que el citado Director tuvo conocimiento de la inspección por vía telefónica a las 9.45 horas, hecho no solo recogido en el acta (14) sino reconocido por la propia empresa en sus alegaciones (folio 166), cuando se encontraba en un seminario que estaba celebrándose en Algeciras, ante las repetidas solicitudes por parte del equipo inspector para su comparecencia junto con su ordenador portátil, la empresa realizó diversas alegaciones tales como que se encontraba de camino a la sede, que tenía desconectado su móvil, hasta se desplazó a un empleado al lugar donde se celebraban las jornadas habiéndose el Director ausentado de las mismas para acudir a Gibraltar, incluso a las 13.40 horas la empresa ofreció desplazar a un trabajador a Gibraltar para contactar personalmente con él y recabar su presencia en la sede, tres horas después no se dio ninguna repuesta. La inspección concluyó a las 21.45 horas sin que el Director compareciera.

SEXTO: Indica la parte actora que la Resolución recurrida vulnera el principio de tipicidad de las infracciones administrativas.

Hemos de iniciar el examen de esta alegación señalando que la Sala tiene por acreditados todos los hechos que se recogieron en el acta de inspección de 25 de mayo de 2011, firmada por dos de los funcionarios de la CNC intervinientes y un representante de la empresa recurrente.

El artículo 62.2.e) LDC considera infracción leve:

La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas:

1. No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección.
2. No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa.
3. Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia

Debe destacarse que los ejemplos enunciados en los apartados 1, 2 y 3 no constituyen una lista tasada, pues previamente el precepto señala que tales conductas " *...entre otras...* "

La parte actora sostiene que el retraso no está tipificado como una forma de obstrucción y que calificar como obstrucción un mínimo retraso supone una interpretación extensiva y analógica peyorativa, proscrita en el ámbito sancionador.

Sin embargo, la conducta que se sanciona no es el retraso, se trata de una sola infracción pero integrada por distintos comportamientos, anteriormente referidos, subsumidos en el mismo tipo, es decir dirigidas a un mismo fin que es dificultar la labor inspectora sobre todo si se tiene en cuenta la importancia que el factor tiempo juega en una inspección de carácter sorpresivo.



Como razona la resolución impugnada, el tipo de la infracción no exige en ningún caso el requisito de que la obstrucción a la labor inspectora sea de tal entidad que la impida o frustre completamente, y así lo corroboran buena parte de los ejemplos de obstrucciones que reseña el artículo 62.2.e) LDC , que no contemplan sino un entorpecimiento la inspección, como la presentación incompleta de libros y documentos, y las respuesta incompletas o inexactas a las preguntas formuladas por la CNC.

Entendiendo entonces por " *...obstrucción por cualquier medio de la labor inspectora...* " la obstaculización o el entorpecimiento encaminados tanto a impedir como a dificultar el normal desarrollo de la inspección. La Sala considera que las diversas actuaciones de dilación, evasivas y engaños es una forma de obstrucción a la labor inspectora que tiene pleno encaje en la infracción descrita por el artículo 62.2.e) LDC .

La parte actora argumenta que la obstrucción ha de ser trascendente, en lo que está de acuerdo la Sala, pero para conocer la trascendencia que puede tener tal demora o retraso en los hechos enjuiciados, hemos de valorar la importancia que pueda tener empezar en un momento o en otro las inspecciones que autoriza la LDC.

La Sala considera que esta no es una cuestión irrelevante, donde dada la naturaleza de la información que se busca, confirma la importancia de comenzar las actuaciones de forma inmediata a la notificación de la orden de investigación, pues el objeto de la investigación consiste en comunicaciones, datos e informaciones que constituyan prueba de conductas prohibidas por la LDC, y tales comunicaciones y datos es posible que no se encuentren en soporte papel y a la vista, sino en soporte digital (correos electrónicos y otros documentos digitales), almacenados en los ordenadores y archivos informáticos de la empresa, donde pueden ser destruidos o transportados a otros lugares con facilidad, por lo que el factor tiempo juega en una inspección de carácter sorpresivo, dada la facilidad con que pueden ser trasladados o destruidos.

Debe además destacarse que se comunicó la Orden de investigación, la inspección reiteró en diversas ocasiones el deber de colaboración que correspondía a los representantes de la empresa y que la negativa a la labor inspectora podía calificarse como de obstrucción, por lo que dicha conducta es directamente imputable a título de dolo o culpa, de lo que se deduce su responsabilidad administrativa, ya que es claro que la entidad recurrente estaba expresamente advertida y conocía en el momento de los hechos que la obstrucción de la inspección era una falta leve de la LDC.

SÉPTIMO: La parte actora considera que la multa impuesta en la Resolución recurrida, por importe de 2.093.000 euros, es desproporcionada, pues al no concurrir agravante ni atenuante la sanción impuesta debe ser el mínimo previsto en la Ley.

El artículo 63.1.a) LDC establece que las infracciones leves pueden ser sancionadas:

a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

Así pues, la LDC ha fijado la base de la multa en el 0,5% sobre " *...el volumen de negocios total...* "

Un elemento fundamental en la determinación de las sanciones es el relativo a la culpabilidad del infractor: no procedería la imposición de una sanción aun cuando, como es el caso, los hechos sean constitutivos de una infracción tipificada en la Ley de Defensa de la Competencia, si no concurre el elemento subjetivo de dolo o culpa.

Por otra parte el principio de proporcionalidad, como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 24 de mayo de 2004) constituye " *un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.* "

La CNC ha respetado el principio de culpabilidad, que exige que la imposición de la sanción tenga fundamento en la existencia del elemento subjetivo de culpa para garantizar el principio de responsabilidad (STC 129/2003) habiéndose acreditado su concurrencia según lo dicho más arriba.

Ahora bien ello no justifica sin más la sanción impuesta de 2.093.000 euros, que aún cuando esta comprendido dentro del rango que la propia norma establece, resulta desproporcionada en relación con las circunstancias concretas del caso, considerando esta Sala que la misma debe atemperarse aplicando el principio de equidad o mitigación del rigor de la norma en relación con el caso concreto, tal y como establece el artículo 3.2 del C.C ., de manera que se produzca un equilibrio entre la infracción cometida y la responsabilidad exigida, considerando



en base a ello que la sanción que procede no es la correspondientes al 0,5% del volumen de negocios total de la empresa sino el 0,1%.

OCTAVO: Finalmente y por lo que respecta al dispositivo 3 de la resolución impugnada que insta a la DI a valorar si la conducta del Director Regional de la Compañía antes descrita puede o no ser constitutiva de una obstrucción a título personal a la labor inspectora tipificada por el art. 62.2.e), dicha impugnación no puede prosperar porque la actora carece de legitimación para impugnar un acto administrativo que perjudica en su caso y de forma exclusiva al referido Director Regional, amén de que se trata de una simple orden de incoación de investigación de la que no ha resultado todavía perjuicio alguno para dicho Director, ni del mismo se desprende indefensión." (fundamentos de derecho segundo a octavo)

TERCERO .- Sobre el primer motivo, relativo a la motivación.

En el primer motivo el Abogado del Estado sostiene que la Sentencia impugnada carece de motivación en lo que respecta a la reducción de la multa, pues no explicita ningún criterio o explicación de las circunstancias que le han llevado a reducir tan drásticamente la multa impuesta.

El motivo debe ser desestimado. En el fundamento jurídico séptimo la Sala de instancia indica que considera que la multa resulta desproporcionada teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Y si bien es cierto que no efectúa una ponderación específica de tales circunstancias en dicho fundamento, tal afirmación hay que completarla con la descripción de los hechos probados realizada en el fundamento de derecho tercero (asumiendo los de la resolución sancionadora), así como con las consideraciones expresadas en los fundamentos quinto y sexto en los que la Sala da las razones por las que entiende que si se infringió el tipo de la infracción sancionada. De dichas explicaciones se deduce que en opinión de la Sala juzgadora la conducta de la empresa sancionada, si bien cabía calificarla como obstaculización a la labor inspectora, no revestía una especial gravedad merecedora de una sanción de multa tan elevada, tal como se concluye en el fundamento séptimo específicamente dedicado a la aplicación del principio de proporcionalidad.

CUARTO .- Sobre el segundo motivo, referido al principio de proporcionalidad.

En el segundo motivo la Administración recurrente apela al principio de proporcionalidad pero ahora directamente, al entender que ha sido infringido por la reducción de la sanción efectuada por la Sala de instancia.

El motivo tampoco puede prosperar. De las circunstancias de hecho narradas en la Sentencia de instancia y mencionadas en el fundamento de derecho anterior se deriva que la actitud de la empresa sancionada y del personal que intervino durante la inspección, si bien claramente tendente a obstaculizar y retardar la inspección (lo que supone de por sí la intención y la posibilidad de llegar a frustrar la realización de la misma), no consistió en una negativa frontal a su realización o una actitud de claro desafío a la autoridad de la Comisión reguladora, sino una serie de conductas reveladoras de falta de cooperación o revestidas de argumentos de defensa legal, junto con la concurrencia de circunstancias adversas (interrupción de las comunicaciones informáticas, de las que no existe constancia que fuese provocada), que no merecen una sanción tan elevada como la impuesta por la citada Comisión Nacional de la Competencia, sino que parece más adecuada la finalmente decidida en Sentencia. Siendo pues razonable dicha aplicación del principio de proporcionalidad, no procede revisar la ponderación de circunstancias efectuada por la Sala de instancia. Debe pues desestimarse el motivo.

QUINTO .- Conclusión y costas.

De conformidad con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho procede desestimar el recurso de casación. Según lo previsto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas a la parte recurrente, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

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

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 1 de marzo de 2.013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 524/2.011 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho quinto.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos,



mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-
Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.-
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado
Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que,
como Secretario, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ