



Roj: **SAN 1247/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1247**

Id Cendoj: **28079230062021100127**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/03/2021**

Nº de Recurso: **125/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000125 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01137/2017

**Demandante:** D. Efrain , FC FOTOGRAFOS TORREJON S.L.

**Procurador:** DÑA. ANA RAYON CASTILLA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 125/17 promovido por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana Rayón Castilla, en nombre y representación de **FC FOTÓGRAFOS TORREJÓN, S.L.**, y **D. Efrain** contra la resolución de 15 de diciembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.794 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia:

*"1. Se declare no ser conforme a Derecho y se anule, al menos en el sentido de exonerar a mis mandantes de la sanción que se les impone, la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 15 de diciembre de 2016, recaída en el Expediente NUM000 SERVICIOS FOTOGRAFICOS, sin perjuicio de los demás efectos legales pertinentes.*

*2. Subsidiariamente al pedimento anterior, se rebaje la sanción que en importe de 2.794 euros fue impuesta a mis mandantes por la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 15 de diciembre de 2016, recaída en el Expediente NUM000 SERVICIOS FOTOGRAFICOS, reduciendo su importe conforme a lo alegado en todo el cuerpo de esta demanda.*

*3. Subsidiariamente a todos los pedimentos anteriores, se rectifiquen los errores materiales de los que adolece la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 15 de diciembre de 2016, recaída en el Expediente NUM000 SERVICIOS FOTOGRAFICOS, en el sentido de corregir la sanción que en importe de 2.794 euros fue impuesta erróneamente a mis mandantes por la, reduciendo su importe conforme a lo alegado en todo el cuerpo de esta demanda.*

*4. Condene a la Administración demandada al pago de las costas causadas o que se causen en este procedimiento, aún en el caso de estimación parcial."*

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.-** Mediante auto de 29 de noviembre de 2017, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 2.794 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por la recurrente en sus escritos y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

**CUARTO.-** Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 9 de marzo de 2021, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 24 de marzo de 2021, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 15 de diciembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.794 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 SERVICIOS FOTOGRAFICOS, " era del siguiente tenor literal:

*PRIMERO.- Declarar probada la existencia de conductas prohibidas por el Art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , consistentes en la adopción de acuerdos de reparto del mercado y fijación de precios, que entra dentro de la definición de cartel, en la prestación de servicios fotográficos a grupos de alumnos de diferentes centros educativos ubicados en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Valencia y Andalucía, así como de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).*

*SEGUNDO.- De clarar responsables de esa infracción, y por los periodos indicados, a los siguientes empresas/ empresarios autónomos:*

*(...).*

*D. Efrain (FOTO ÉLITE), desde septiembre de 2002 hasta febrero de 2015.*

*TERCERO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:*

FOTO ÉLITE (FC FOTÓGRAFOS TORREJÓN, S.L. y D. Efrain ): 2.794 euros

SEXTO.- *Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."*

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Tras la presentación de una denuncia el 4 de diciembre de 2013, el administrador único de la empresa ESTUDIO CUM LAUDE, S.L. (CUM LAUDE) puso en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la existencia de un posible cártel entre las empresas A.F BERINGOLA, S.L., ORLAS FOTOGRAFÍAS PARANINFO, S.L. y los empresarios autónomos D. Valentín (que presta sus servicios fotográficos bajo el nombre comercial de ORLA MAGNA) y D<sup>a</sup>. Apolonia (que presta sus servicios fotográficos bajo el nombre comercial de ALPHAORLA) por presuntas conductas contrarias a la legislación de competencia consistentes en el reparto del mercado de las actividades de fotografía en materia de orlas universitarias.

2. A la vista de la información contenida en la denuncia, el 17 de enero de 2014, la Dirección de Competencia estimó que las conductas denunciadas afectaban únicamente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid, por lo que, se dio traslado de la citada denuncia a la Autoridad de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

3. El 28 de febrero de 2014, CUM LAUDE presentó ante el Servicio de Defensa de la Competencia una solicitud de exención del pago de la multa, solicitando que lo aportado hasta entonces fuera considerado en el marco del procedimiento de clemencia. En la solicitud se informaba de la existencia de prácticas colusorias, consistentes en el reparto del mercado y la fijación de precios en el mercado de los servicios y trabajos fotográficos prestados por empresas y empresarios autónomos, especialmente en el marco de la realización de orlas universitarias.

Esta solicitud de clemencia fue completada posteriormente el 1 y 11 de abril, 15 de julio y 2 de septiembre de 2014.

4. El 3 de septiembre de 2014, el Servicio de Defensa de la Competencia, a la vista de la información aportada por el solicitante de clemencia, consideró que el órgano competente para conocer el caso era la CNMC al extenderse las prácticas investigadas a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Madrid, por lo que se llevó a cabo una reasignación del caso a favor de la CNMC en aplicación de la Ley 1/2002, aceptándose por la CNMC el 8 de septiembre de 2014 y remitiéndose el expediente el 15 de septiembre de 2014, acordando la DC llevar a cabo una información reservada, con referencia NUM000 , con objeto de determinar la existencia de indicios de infracción y si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

Tras la reasignación del caso a la CNMC, el solicitante de clemencia presentó varios escritos completando la solicitud, en fechas 29 de octubre, 17 de noviembre y 5 de diciembre de 2014, 27 de febrero, 31 de marzo, 8, 3 y 22 de mayo y 29 de septiembre de 2015.

5. El 25 de febrero de 2015, la Dirección de Competencia, acordó conceder la exención condicional del pago de la multa a CUM LAUDE, en relación con su participación en determinadas prácticas colusorias entre empresas y empresarios autónomos prestadores de servicios de fotografía en el territorio español.

6. En el marco de la información reservada, el 25 de febrero de 2015, la Dirección de Competencia realizó inspecciones en AF. BERINGOLA, S.L. (BERINGOLA) y en el local utilizado por el empresario autónomo D. Valentín para la prestación de sus servicios bajo la marca comercial ORLA MAGNA.

El 25 de febrero de 2015, la DC requirió información relativa al objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos y sobre el mercado de los servicios fotográficos a diversas empresas y trabajadores autónomos del sector.

7. El 9 de junio de 2015, sobre la base de la información reservada realizada, la DC, acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 SERVICIOS FOTOGRAFÍCOS contra ESTUDIO CUM LAUDE, S.L., AF BERINGOLA, S.L., ORLAS FOTOGRAFÍAS PARANINFO, S.L. y FC FOTÓGRAFOS TORREJÓN, S.L., así como contra D. Valentín (marca comercial ORLA MAGNA), D. Maximino (marca comercial FOTORLA), D. Pascual (marca comercial PROFIMAGEN), D<sup>a</sup>. Apolonia (marca comercial ALPHAORLA), D. Efrain (marca comercial FOTOÉLITE) y D. Teodoro y D<sup>a</sup>. Brigida (marca comercial EF DIGITAL), por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la LDC, por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la fijación de precios y el reparto del mercado en el mercado español de las actividades de fotografía.

8. En virtud de la documentación obtenida tras los diferentes requerimientos de información practicados, el 4 de mayo de 2016 se formuló un Pliego de Concreción de Hechos, que fue notificado a las partes con fecha 5 de mayo de 2016, dándoles oportunidad de presentar alegaciones y proponer las pruebas que estimasen pertinentes.

9. Con fecha de 9 de junio de 2016, la Dirección de Competencia acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente con el fin de redactar la Propuesta de Resolución, que fue notificada a las partes el 10 de junio de 2016.

10. El 11 de julio de 2016, la DC elevó su Informe Propuesta de Resolución a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

11. El 29 de septiembre de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información relativo al volumen de negocios de las empresas A.F BERINGOLA, S.L., ESTUDIO CUM LAUDE, S.L., ORLAS FOTOGRÁFICAS PARANINFO, S.L., FC FOTÓGRAFOS TORREJÓN, S.L. y los empresarios autónomos D. Efrain (FOTO ÉLITE), D. Valentín (ORLA MAGNA), D. Maximino (FOTORLA), D. Pascual (PROFIMAGEN), D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), D. Teodoro (EF DIGITAL) y D<sup>a</sup>. Brigida (EF DIGITAL) recibiendo las contestaciones al requerimiento de información entre el 13 y el 24 de octubre de 2016.

12. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 15 de diciembre de 2016.

**SEGUNDO.-** En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, FC FOTÓGRAFOS TORREJÓN, S.L. (FOTÓGRAFOS TORREJÓN- FOTO ÉLITE), del siguiente modo:

FC FOTÓGRAFOS TORREJÓN, S.L. (FOTÓGRAFOS TORREJÓN- FOTO ÉLITE). Con sede en avenida Virgen de Loreto, nº 49, 28850 de Torrejón de Ardoz (Madrid), fue constituida en 2005, siendo su administradora única D<sup>a</sup>. [EEE], si bien la citada empresa pertenece al 50% a 2 socios: D. Efrain y D. [FFF]. Su objeto social es la prestación de servicios fotográficos, fotocopias, venta de máquinas fotográficas, producciones de películas de video y cine y reportajes fotográficos. El grueso de su actividad está integrado por la realización de reportajes fotográficos para colegios, seguido de la venta de máquinas, material de fotografía y revelado de fotografías y el resto de servicios que presta consisten en reportajes de bodas, bautizos, comuniones y otros eventos, así como la venta de álbumes de reportajes fotográficos. Igualmente forma parte de su actividad la realización de reportajes para universidades, significando la misma la menor proporción de su facturación. La empresa emplea para el desarrollo de su objeto social la marca comercial no registrada, FOTO ÉLITE. El ámbito territorial de su actividad es la Comunidad Autónoma de Madrid, si bien también ha prestado servicios en Ávila y Guadalajara (Información aportada por FC FOTÓGRAFOS TORREJÓN en contestación al requerimiento realizado (folios 1499 a 1505).

**TERCERO.-** Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución recurrida hace referencia al marco regulatorio y, seguidamente, en cuanto al mercado de producto, la resolución recurrida explica que:

El mercado afectado por las prácticas objeto de investigación en este expediente sancionador se centra en los servicios fotográficos prestados por empresas y empresarios autónomos a alumnos en universidades y centros educativos. En España la prestación de este servicio, como la realización de orlas, fundamentalmente universitarias, es llevada a cabo tanto por empresas como por trabajadores autónomos, que disponen de estudios fotográficos. En muchos casos tanto las empresas como los autónomos operan en el mercado empleando un nombre comercial, que puede tratarse de una marca registrada o no.

Los servicios fotográficos objeto de investigación abarcan tanto reportajes fotográficos para colegios en enseñanza primaria y secundaria como la realización de las orlas de fin de curso en las Universidades, al margen de reportajes de comuniones, bodas y otros eventos que pudieran realizar los incoados en este expediente sancionador.

Explica que, según el INE de 2015, el número de personas físicas que se dedican a las actividades de fotografía en 2015 asciende a 7.5023.

Respecto a la demanda, está constituida por los alumnos que finalizan cada año sus estudios, escolares o universitarios, que no tiene por qué coincidir con el número de alumnos matriculados en el último curso académico en cuestión.

En cuanto al mercado geográfico, es decir, el espacio geográfico en el que la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva precisa que, en éste caso, el mercado geográfico afectado abarca el reparto de alumnos universitarios de centros ubicados en diferentes Comunidades Autónomas, en concreto, las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla-

León, Valencia y Andalucía, así como también alumnos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). En concreto, se han llevado a cabo repartos de los alumnos universitarios de los centros de estudios y titulaciones que enumera desde el curso 2001/2002 al curso 2014/2015.

Así pues, el mercado geográfico afectado, teniendo en cuenta las prácticas anticompetitivas investigadas consistentes en el reparto de alumnos para la realización de orlas y la fijación de precios de las mismas, abarca las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Valencia y Andalucía y alumnos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

**CUARTO.-** La resolución recurrida entiende probada la existencia de un cártel formado por empresarios autónomos y empresas que prestan servicios fotográficos y que estuvo funcionando desde septiembre de 2001 hasta 2015. Inicialmente estaba formado por D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), BERINGOLA, CUM LAUDE, D. Pascual (PROFIMAGEN) y D. Maximino (FOTORLA).

D. Efrain (empleando la marca comercial no registrada FOTO ÉLITE), se unió al cartel en septiembre de 2002 y así, en el curso 2003/2004 ya formaban parte del cártel D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), BERINGOLA, CUM LAUDE, D. Pascual (PROFIMAGEN), D. Maximino (FOTORLA), D. Efrain (FOTO ÉLITE), D. Valentín (ORLA MAGNA) y D. Teodoro (EF DIGITAL),

El cartel, explica la resolución recurrida, a principio de cada curso académico se repartía los alumnos a los que luego presentaban las ofertas previamente pactadas para la realización de los servicios fotográficos demandados, a fin de asegurar la eliminación de la competencia entre ellas, así como los gastos que las visitas a las provincias donde se ubicaban los distintos centros docentes generaban a las entidades miembros del cártel.

El funcionamiento del cartel se llevaba a cabo por sus miembros mediante correo electrónico, WhatsApp, teléfono y también mediante las distintas reuniones que celebraban, sobre todo al inicio de cada curso académico desde 2001 para intercambiar información sobre ofertas y alumnos, celebrando también reuniones a final de dichos cursos para evaluar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el cártel.

En esos contactos se referían a ellos mismos como MAFIOMA, como consta en correos electrónicos denominando así el grupo de WhatsApp creado al efecto.

La resolución recurrida explica que "Mafioma" fue creado el 24 de noviembre de 2012, formado por D. Valentín (ORLA MAGNA), D. Maximino (FOTORLA), D<sup>a</sup> Apolonia (ALPHAORLA), CUM LAUDE, BERINGOLA y D. Teodoro (EF DIGITAL).

Además de estos contactos periódicos, el cártel celebraba al menos 2 reuniones al año, una al inicio del curso académico (septiembre u octubre) y otra al finalizar el mismo (julio). La resolución describe, al menos, 12 reuniones a partir del curso académico 2010/2011 y hasta el curso 2014/2015: Reunión de 8 de septiembre de 2010. Reunión de 15 de octubre de 2010. Reunión de 12 de julio de 2011 y Reunión de 12 de septiembre de 2011.

Los miembros del cártel se informaban sobre el número de alumnos a fotografiar, presentando un listado con las titulaciones que les correspondían y el número de alumnos que habían fotografiado, constando dichos listados en el expediente, al haber sido facilitados por el solicitante de exención y también recabados en las inspecciones realizadas. Así, por ejemplo, se cita el documento denominado "FOTO ÉLITE 2006-2007", aportado por el solicitante de exención del pago de la multa (folio 303), referido a la actora.

En los documentos de reparto de alumnos, explica la resolución recurrida, los miembros del cártel detallaban el número de aquellos que correspondía a cada entidad, las sesiones de fotos realizadas por cada una, así como los montajes, entregas y el importe económico que finalmente debía llevarse cada entidad.

Transcribe como ejemplo de lo expuesto el correo electrónico enviado el 24 de septiembre de 2012 por D. Valentín (ORLA MAGNA) a BERINGOLA, D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), CUM LAUDE, D. Maximino (FOTORLA) y EF DIGITAL con asunto: "Reunión" (folio 1270), aportado por CUM LAUDE en su solicitud de exención del pago de la multa.

*"Buenos días, me parece bien que nos veamos mañana, pero apuntar los datos que os doy, pues es el único reparto que será justo, pues de esa forma todos partiremos de la misma cantidad, asumiendo cada uno los grupos que no salgan y que le pertenecen. Cada estudio a groso modo, parten de estas cantidades: Everardo [BERINGOLA]: 4879 alumnos. Maximino [FOTORLA]: 4736 alumnos. Cum Laude: 4384 alumnos. Orla Magna: 4372. Alpha: 4308 alumnos. Teodoro [EF DIGITAL], como bien ha dicho se queda con lo que tiene, que no lo he calculado. Para igualar estas cantidades, tenemos los grupos de Efrain [FOTO ÉLITE] y Pascual [PROFIMAGEN], así como todos los grados que terminan en los Campus y que no tiene nada que ver con los grupos que hacemos en esos mismos campus. Por eso os pido que cada uno lleve listados de todos los grados que se imparten en los Campus que llevamos cada uno: [BERINGOLA]: UCM, Amadeo [ORLA MAGNA]: Comillas, UPSAM, UAM Apolonia*

[ALPHAORLA]: UEM, UPM, CEU, Carlos III Teodoro [EF DIGITAL]: URJC, UAH Maximino [FOTORLA]: Alfonso X, La Salle, Don Bosco, [CUM LAUDE]: Cardenal Cisneros, Escuni, Cámara de comercio Un saludo y mañana nos vemos. Valentín . Orla Magna."

La resolución recurrida describe con fundamento en la información obtenida las vicisitudes de las entidades que integraban el cartel que mantuvo ininterrumpidamente su actividad hasta febrero de 2015 coincidiendo con la realización de las inspecciones.

La resolución sancionadora expone la evolución del acuerdo de cártel en el periodo (2001-2010) y después en el periodo (2010-2015) en los términos que describe y concluye que según los cálculos realizados a partir de los listados de alumnos, además del reparto de casi 237.000 alumnos correspondientes a las titulaciones objeto de reparto durante los cursos 2001/2002 a 2011/2012, habría que sumar los que se repartieron durante los cursos 2012/2013 a 2014/2015, también fijaron las ofertas a presentar a dichos alumnos por los miembros del cártel, lo que en última instancia suponía la fijación del precio de las orlas realizadas. Calcula por ello que si el precio medio ofertado por los miembros del cártel por la realización de una orla, incluyendo alguna foto individual, era de 20€, el total aproximado de los servicios prestados por el cártel a los alumnos objeto de reparto habría superado los 3 millones de euros.

**QUINTO.-** Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la resolución de la CNMC en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistentes en la adopción de acuerdos de reparto del mercado y fijación de precios, que entra dentro de la definición de cartel, en la prestación de servicios fotográficos a grupos de alumnos de diferentes centros educativos ubicados en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Valencia y Andalucía, así como de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

En el caso de D. Efrain (FOTO ÉLITE), en el periodo desde septiembre de 2002 hasta febrero de 2015 y FC FOTÓGRAFOS TORREJÓN, S.L. (FOTO ÉLITE), desde marzo de 2005 a febrero de 2015, la imputación obedece a su participación en una infracción consistente en acuerdos de reparto del mercado y fijación de precios, que entra dentro de la definición de cartel, en la prestación de servicios fotográficos a grupos de alumnos de diferentes centros educativos ubicados en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Valencia y Andalucía, así como de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

**SEXTO.-** En su demanda, la parte recurrente plantea los siguientes motivos impugnatorios.

La vulneración del principio de presunción de inocencia porque, a su juicio, no ha quedado probada su participación en acuerdos de reparto de mercado o de fijación de precios.

Desconocían el entramado y el alcance de la responsabilidad del complejo " *Mafioma*", siendo su relación exclusivamente de "tolerancia" pues ni el Sr. Efrain ni Fotógrafos Torrejón han participado en ningún reparto de mercado o acuerdo de fijación de precios.

En realidad, dicen, la CNMC les sancionó pese a la falta de prueba de su participación en las conductas prohibidas mediante la técnica de la inversión de la carga de la prueba, acudiendo a la doctrina Alborg, indicando que " *basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cártel.* Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, *incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas.*"

Destacan como hecho notorio que D. Valentín (empresa ORLA MAGNA) se hacía llamar Zapatonos , y que junto con varios colegas se hacían llamar *Mafioma*, pero hasta la incoación del Expediente creían que era simplemente un entorno frívolo y desconocían la existencia de las conductas ilegales que desplegó el complejo *Mafioma*.

Niegan su integración al complejo MAFIOMA en septiembre de 2002, como afirma la CNMC.

Sostienen que de las conductas de fijación de precios y de reparto de mercado en el ámbito de las orlas universitarias, solo son responsables las empresas integrantes del complejo *Mafioma* porque esas empresas observaban y controlaban a todos los agentes del mercado de las orlas universitarias de la Comunidad de Madrid y de otras regiones como era el caso de FOTO ELITE.

*Mafioma* es una asociación ilícita que comparte bienes, dinero, e industria para la consecución de un fin común contrario a la Ley (reparto de mercado), con compensación de ganancias.



(FOTO ÉLITE) siempre fue ajena a toda la responsabilidad del complejo Mafioma, y el Expediente omite pronunciarse sobre la ausencia de beneficio económico obtenido por FOTO ÉLITE sobre que haya fijado algún precio (o haya obedecido y acatado alguna fijación de precios) o que haya repartido alguna porción de mercado (o haya obedecido y acatado algún reparto de mercado). Aporta como doc. nº 4, extracto documental del Expediente [FOLIOS Nº 1159 a 1181], para destacar la membresía de *Mafioma*.

Finalmente, denuncia la desproporción de la sanción porque la resolución sancionadora se refiere exclusivamente al mercado fotográfico de orlas universitarias y, sin embargo, se les ha sancionado en atención al volumen global de facturación lo que resulta contrario a Derecho.

Recuerda que, a requerimiento de la CNMC, proporcionaron a la CNMC toda la información sobre:

El volumen de negocios global facturado en el año 2015, que era de 79.814,60 euros.

El volumen de negocios facturado en materia de orlas universitarias, 4.196,69 euros.

Es decir, el 5,26 % fue el porcentaje de negocios de la empresa FOTO ÉLITE que se ve afectado por la infracción imputada.

Por tanto, la Resolución impugnada incurre en un error de hecho o de Derecho porque en el volumen de negocios total del año 2015 de FOTO ÉLITE, donde dice "79.815" debe decir "4.197".

Además, se incurre en otro error de hecho o de Derecho al fijar la multa porque donde dice "2.794" debería decir "147".

Es decir, aplicando el tipo sancionador (3,50%) utilizado por la CNMC y aplicado dicho porcentaje en la suma afectada por la infracción (4.196,69 euros), nos llevaría a una multa sancionadora por importe de 147 euros.

Recuerda que la recurrente tiene atribuida la menor de las cuotas (3,20%) de participación en la conducta, en contra de la cuota de 13,3% atribuida a AF BERINGOLA, S.L., de la cuota de 26,2% atribuida a ESTUDIO CUM LAUDE, la cuota de 23,2% atribuida a D. Valentín (ORLA MAGNA), la cuota de 5,7% atribuida a D. Maximino (FOTORLA), la cuota de 3,6% atribuida a D. Pascual (PROFIMAGEN), la cuota de 15,4% atribuida a D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), y de la cuota de 9,4% atribuida a EF DIGITAL ORLAS [FOLIO Nº 5032]. Sin embargo, la CNMC le ha impuesto la segunda sanción más grave.

**SÉPTIMO.** - Entrando en el análisis del primer motivo del recurso conviene recordar que el derecho a la presunción de inocencia constituye un principio general del Derecho de la Unión, establecido también en el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480) (véase, en este sentido, la sentencia E.ON Energie/Comisión [ TJCE 2012, 352] , C-89/11 P, EU:C:2012:738, apartado 72) que los Estados miembros deben respetar cuando aplican el Derecho de competencia de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias VEBIC [TJCE 2010, 370] , C-439/08, EU:C:2010:739, apartado 63, y N., C-604/12, EU:C:2014:302, apartado 41).

Además, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una práctica concertada o de un acuerdo debe inferirse, en la mayoría de los casos, de diversas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (véase, en este sentido, la sentencia Total Marketing Services/Comisión, C-634/13 C-634/13 P, EU:C:2015:614, apartado 26 y jurisprudencia citada).

El TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (sentencias del TJUE 31 de marzo de 1993, Altrros/Osakeyhtiö y otros, C-89-5, c-114/85, C- 116/85, C- 117/85, Y C- 125/85 a C-129/85, REC. P1-1307, apartado 127, del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen Comisión T 62/98, Rec. p 1-2707, apartados 43 y 72. Y también ha declarado que la prueba de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión pueda aportarse no sólo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que éstos sean objetivos y concordantes.

En el presente caso, la resolución recurrida explica que la prueba de cargo utilizada, es decir, la que presenta suficiente fuerza incriminatoria para destruir la presunción de inocencia procede de la información aportada por el solicitante de clemencia, de la documentación obtenida en las inspecciones realizadas y de las contestaciones a los requerimientos de información practicados.

A partir de aquí, es cierto que la propia resolución recurrida destaca la existencia de un núcleo cohesionado formado por D. Valentín (ORLA MAGNA), D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), BERINGOLA y CUM LAUDE pero eso no significa que D. Efrain y FOTO ÉLITE, no formaran parte del mismo, antes al contrario, el examen de la documentación por la Sala acredita su plena participación.



En septiembre de 2002 se unió al cártel D. Efrain (empleando la marca comercial no registrada FOTO ÉLITE), según información aportada por el solicitante de exención (folios 1610 a 1617).

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, rec. 2403/2014, cita la Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06 que sistematiza la doctrina aplicable a la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones del clemente en los siguientes términos:

*"1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 41 supra, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 57 y 58).*

*2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación ( sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 58).*

*3. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T- 129/02 , T-132/02 y T-136/02 , Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 59).*

*4. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 293).*

*5. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295".*

*De entrada, debe afirmarse pues, que las declaraciones del solicitante de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir las únicas pruebas de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes, o elementos de prueba adicionales.& quot;*

En este caso, la declaración de CUM LAUDE sobre la participación de FOTO ELITE en el cartel desde septiembre de 2002 se ve confirmada por los cuadros que en relación al curso 2002/2003, realizó D. Efrain (FOTO ÉLITE) en función de cada Universidad con las titulaciones recogidas en las distintas celdas del cuadro, folio 204 del expediente.

Existen otros elementos objetivos que reflejan el reparto de alumnos con intervención de la actora como el documento denominado "FOTO ÉLITE 2006-2007", (folio 303). Asimismo, la información aportada por el

solicitante de exención en relación a los repartos de los cursos académicos 2001/2002 (folios 198 a 203), 2002/2003 (folios 202 a 224), 2003/2004 (folios 225 a 270), 2004/2005 (folios 271 a 301), 2006/2007 (folios 302 a 338), 2007/2008 (folios 339 a 407 y 483 a 500), 2008/2009.

Constan en las actuaciones diversos correos electrónicos entre los miembros del cartel en los que figura, entre otros, D. Efrain (FOTO ELITE) así, los enviados el 1 y 2 de diciembre de 2008 (folios 2335 y 2336).

En febrero de 2009, (PROFIMAGEN) remitió un correo electrónico a ALPHAORLA, BERINGOLA, CUM LAUDE, EF DIGITAL, FOTO ELITE, FOTORLA y ORLAMAGNA en el que les informaba de las visitas que había realizado, de aquéllas que no había realizado al tratarse de titulaciones pertenecientes a otros miembros del cártel y de las incidencias producidas (folio 2343).

Consta la remisión el 5 de octubre de 2009, de un correo electrónico por parte de D. Valentín (ORLA MAGNA) a los restante miembros del cártel, BERINGOLA, ALPHAORLA, CUM LAUDE, PROFIMAGEN, FOTO ELITE, EF DIGITAL y FOTORLA en el que concluye "(...) Recordar a todos, aunque no os haya llegado el correo de la delegación de estudiantes, que hay que dejar una oferta antes del viernes y la misma empresa hará todas las orlas, cuantas más dejemos más posibilidades tenemos. Pues van a preguntar a 14 estudios más o menos. Un saludo. Valentín [ORLA MAGNA]. Mafioma." (folios 2349 y 2350).

Respecto al curso académico 2009/2010, D. Valentín (ORLA MAGNA), informa a CUM LAUDE, BERINGOLA, ALPHAORLA, FOTO ELITE, EF DIGITAL y FOTORLA, que los servicios fotográficos correspondientes a los alumnos de Psicopedagogía de la UCM habían sido inicialmente contratados a un competidor, pero finalmente la prestación de dicho servicio fue recuperada para el cártel por D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA) ofreciendo dicho servicio al resto de los miembros del cártel. Correo electrónico enviado el 2 de diciembre de 2009 por D. Valentín (ORLA MAGNA) a CUM LAUDE, BERINGOLA, ALPHAORLA, FOTO ELITE, EF DIGITAL y FOTORLA, con asunto: "Fotos Pedagogía UCM", (folio 1119).

En el curso 2010/2011 los miembros del cartel continúan repartiéndose los alumnos como lo acreditan los correos electrónicos de 4 a 6 de septiembre de 2010 con asunto "Re\_ Reunión Mafioma" entre D. Valentín (ORLA MAGNA), D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), BERINGOLA, D. Pascual (PROFIMAGEN), CUM LAUDE, FOTO ÉLITE, EF DIGITAL y FOTORLA, (folios 1186 a 1190), (folios 2358 a 2361) y (folio 2016).

Consta acreditada una reunión convocada el 15 de noviembre de 2010 por ORLA MAGNA a los restantes miembros del cartel con los estudiantes de Psicología de la Universidad Autónoma de Madrid que habían elegido a un competidor ajeno (OTRATOMA) con el fin de presionarles y que cambiaran de estudio de fotografía. Correo electrónico enviado el 15 de noviembre de 2010 por (ORLA MAGNA) a BERINGOLA, ALPHAORLA, PROFIMAGEN, CUM LAUDE, EF DIGITAL, FOTORLA Y FOTO ELITE, con asunto: "Necesito que vengáis mañana a la reunión de Psicología", con adjunto: "Reunión Psicología.UAM.jpg", (folio 112) y (folios 2029 y 2030).

En el curso 2011, es muy ilustrativo de la forma de actuar del cartel, el documento de 18 de septiembre de 2011 en el que se lee:

"" Efrain [FOTO ÉLITE] Yo propongo darle 400 personas más entre todos y por mi parte le doy para que me copie 2000 personas. Asociación 1/ Para que haya acuerdo entre los cuatro tiene que haber una gran confianza y las cosas muy claras, este es el momento de intentar llegar a un acuerdo global y si hay voluntad por las partes seguimos avanzando. Conflictos Beringola con el resto Valentín [ORLA MAGNA]: Ya sabes que en su día hubo un acuerdo entre tú y yo para repartir la segunda parte que estaba pendiente de fuera de Madrid de hacer dos años junto con Apolonia [ALPHAORLA] (...) Apolonia [ALPHAORLA]: (...) intenta consensuar cuando estamos todos juntos o de manera individual con cada empresa (...) [CUM LAUDE]: (...) parece que todavía no ha aprendido que es mejor un mal acuerdo que un no acuerdo (...) hay que intentar que haya acuerdo entre todos aunque no sea bueno. Acuerdo asociación primero lo de Madrid tiene que estar todo metido en el mismo saco para que no compitamos entre nosotros, segundo cada estudio hará lo que tenía asignado el año 2011.

*Tercero la forma de repartir los ingresos serán semanalmente de tal manera que se quedará todas las semanas para repartir lo de la semana anterior, también se procederá a repartir las repescas en el estudio de cada persona si así se acuerda.*

*Cuarta las entregas se harán de la siguiente manera, irá otro estudio con el estudio que haya hecho las Orla y tomará nota de lo que se haya recogido, y la parte que no se recoja la pondrá el estudio que lo haya hecho (de tal manera que éste procurará entregar el trabajo pendiente)*

*Forma de actuar en las clases a/ Tiene que haber como mínimo dos estudios en cada clase, la que haya hecho el grupo el año anterior e irá con la oferta cerrada y el otro sin precio en la oferta b/ En el caso de que haya competencia hay que poner un límite a lo que la lucha (no todo vale) si algún grupo por lo que sea se ve que es*

*imposible de conseguir no se puede estar peleando por él de manera indefinida y sobre todo que trascienda a otros ámbitos académicos (...) Gasto de Laboratorio Si hubiese acuerdo el gasto de laboratorio tiene que ser igual para todas las empresas y luego no haya problema. Los gastos de laboratorio se cobrarán el día de la entrega del grupo por parte de cada empresa (por supuesto pormenorizando los gastos)". Documento "memorándum.docx" de 18 de septiembre de 2011, (folios 1742 y 1743).*

De acuerdo con éste documento, FOTO ELITE envía un correo el 18 de octubre de 2011 a BERINGOLA con la siguiente petición, que fue posteriormente reenviada por BERINGOLA a CUM LAUDE, FOTORLA y ALPHAORLA, de los que se quejaba FOTO ELITE indicando: "(...) Tanto Maximino [FOTORLA], como [CUM LAUDE] como Apolonia [ALPHAORLA], aun no me han dicho que grupo me ceden, y creo que ha pasado tiempo suficiente. Estaría bien, si pudiera ser, que les comentases algo, porque si hablo yo con ellos, la lio... (...)". Correo electrónico enviado el 18 de octubre de 2011 por FOTO ELITE a BERINGOLA, (folio 2048) y posteriormente reenviado el 21 de octubre de 2011 por BERINGOLA a CUM LAUDE, (FOTORLA) y (ALPHAORLA) con asunto: "asunto pendiente Efrain ", (folios 1126 y 1242).

El 11 de enero de 2012, (ORLA MAGNA) convocó a una reunión a los miembros del cartel, entre ellos, D. Efrain (FOTO ÉLITE), para aclarar los términos del acuerdo alcanzado entre ellos, sobre todo, en relación con las ofertas que hacían algunos de los miembros del cártel a grupos de alumnos no asignados por éste. Correo electrónico enviado el 11 de enero de 2012 por ORLA MAGNA (folios 1248 y folio 2059).

En un correo electrónico posterior de 18 de febrero de 2012, D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA) animó a D. Valentín (ORLA MAGNA) a continuar en el cártel de cara al siguiente curso académico 2012/2013, concluyendo que: "(...) tú sabrás lo que quieres para el año que viene, creo que en estos diez años de enemiga tuya he tenido poco. Si creemos que el futuro es estar todos a la gresca, el resultado no podrá ser peor, como ya estamos viendo. De personas como Pascual [PROFIMAGEN] o Efrain [FOTO ÉLITE] no me hables, porque lo único que han hecho es dejar sus grupos para que los hagan otros por no atenderlos. y por cierto, tú también hiciste el grupo de Pascual [PROFIMAGEN] de la Efrain 3 de derecho y economía del curso pasado." Correo electrónico enviado el 18 de febrero de 2012 por (ALPHAORLA) (folio 2377).

La participación de FOTO ELITE en el reparto de alumnos se refleja de nuevo en el correo electrónico enviado por (ORLA MAGNA) a BERINGOLA, D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), CUM LAUDE, el 24 de septiembre de 2012, respecto de alumnos a repartir para el curso 2012/2013, en el que se lee:

" (...) Para igualar estas cantidades, tenemos los grupos de Efrain [FOTO ÉLITE] y Pascual [PROFIMAGEN], así como todos los grados que terminan en los Campus y que no tiene nada que ver con los grupos que hacemos en esos mismos campus. Por eso os pido que cada uno lleve listados de todos los grados que se imparten en los Campus que llevamos cada uno: [BERINGOLA]: UCM, Amadeo [ORLA MAGNA]: Comillas, UPSAM, UAM Apolonia [ALPHAORLA]: UEM, UPM, CEU, Carlos III Teodoro [EF DIGITAL]: URJC, UAH Maximino [FOTORLA]: Alfonso X, La Salle, Don Bosco, [CUM LAUDE]: Cardenal Cisneros, Escuni, Cámara de comercio Un saludo y mañana nos vemos. Valentín . Orla Magna." Correo electrónico enviado el 24 de septiembre de 2012 por D. Valentín (ORLA MAGNA) a BERINGOLA, D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), CUM LAUDE, D. Maximino (FOTORLA) y EF DIGITAL con asunto: "Reunión" (folio 1270), aportado por CUM LAUDE en su solicitud de exención del pago de la multa.

En cuanto al curso académico 2014/2015, a través del grupo de WhatsApp "Mafioma" - formado en esos momentos por BERINGOLA, D. Valentín (ORLA MAGNA), D<sup>a</sup>. Apolonia (ALPHAORLA), D. Teodoro (EF DIGITAL), D. Maximino (FOTORLA) y D. Efrain (FOTO ÉLITE)-, BERINGOLA convocó dicha reunión para el 10 de septiembre de 2014, indicándoles que deberían llevar los listados de los grupos realizados y perdidos por cada uno de ellos en el curso anterior. Folio 1413

Consta acreditado que el cartel continuó funcionando hasta las inspecciones realizadas en febrero de 2015.

**OCTAVO.-** A juicio de la Sala, la resolución recurrida ha desvirtuado plenamente la presunción de inocencia que amparaba inicialmente a la entidad recurrente pues la descripción de la conducta realizada por D. Efrain , FOTÓGRAFOS TORREJÓN- FOTO ÉLITE) confirmada por los elementos probatorios descritos (listados de reparto de alumnos, correos electrónicos en los que interviene y asistencia a reuniones revela que tuvo una participación plena en los acuerdos de reparto de mercado y fijación de precios que constituía la actividad esencial del cartel de empresas que prestaban servicios fotográficos en los centros universitarios del ámbito geográfico donde operaba.

Se ha acreditado pues, la plena participación de la parte recurrente en una conducta antijurídica, por contraria a las normas de competencia y constitutiva de un cartel de empresas a tenor de lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, en su apartado 2, infracción muy grave que justifica la imposición de la sanción correspondiente conforme a lo dispuesto en los arts 63 y 64 de la Ley 15/2007.

Procede rechazar el primer motivo del recurso.



**NOVENO.-** En segundo lugar, la parte recurrente denuncia que se ha fijado erróneamente el importe de la sanción al tomar en cuenta el volumen total de negocio y no el obtenido en el mercado afectado por la infracción.

Conviene explicar que esta Sala, a partir de la Sentencia de 6 de marzo de 2013 en el caso Vinos de Jerez, comenzó a cambiar su interpretación del artículo 63 de la LDC, en contra de la práctica de la CNMC y del propio criterio que seguíamos hasta ese momento. Se consideró que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63 debía entenderse como "volumen de negocios total en el mercado afectado por la infracción" y no como el volumen resultante de todas las actividades de la empresa y además, que los límites establecidos en el artículo 63 debían entenderse como el límite superior de un arco sancionador y no como un "umbral de nivelación" que operase ex post en caso de que la sanción resultante superase tal porcentaje.

Este criterio fue corregido por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 29 de enero de 2015 que obligó a abandonar la metodología establecida por la Comunicación de multas de 6 de febrero de 2009 seguida hasta entonces por la Cnmc.

La citada sentencia interpreta el artículo 63.1 de la LDC de la siguiente manera:

El 10% al que se refiere la ley no debe interpretarse como un límite extrínseco que se aplica a posteriori, una vez calculada la sanción, ya que esta práctica genera un sesgo al alza al situarse muchas multas en el 10% del volumen de negocios total de la empresa, sino que constituye el límite superior de un arco sancionador dentro del cual se situará la multa en función de la gravedad de la conducta. Por lo tanto, el 10%, por tanto, debe quedar reservado a las infracciones más graves.

El volumen de negocios al que se refiere el artículo 63.1 de la LDC debe entenderse como el volumen de negocios total de la empresa infractora. Esto es, en todas las actividades económicas en las que la empresa participe, independientemente de cual sea el mercado de producto y geográfico afectado por la infracción buscando el necesario equilibrio entre la proporcionalidad y el carácter disuasorio de las sanciones.

Por lo tanto, a raíz de la sentencia del TS de 29 de enero de 2015 y otras posteriores, la CNMC tuvo que establecer un nuevo método de determinación de sanciones de acuerdo con los anteriores criterios.

Este sistema consta de dos fases. En primer lugar, se determina un tipo sancionador general, basado en la gravedad y características generales de la infracción y aplicable, por tanto, a todas las empresas que forman parte de la misma. Para ello hay que definir la sanción como leve, grave o muy grave para precisar si el extremo superior del arco sancionador aplicable es del 1%, 5% o 10% del volumen de negocios total.

En segundo lugar, se realiza una valoración individual de la conducta de cada una de las empresas infractoras que se traduce en un aumento del tipo sancionador general. Para la determinación del tipo sancionador general, se tienen en cuenta, de acuerdo con el artículo 64 de la LDC, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción (64.1.a), la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables (64.1.b), el alcance de la infracción (64.1.c), la duración de la infracción (64.1.d), el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos (64.1.e) y los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción (64.1.f).

El tipo sancionador determinado a partir de estos criterios es aplicado a todas las empresas infractoras por igual, ya que refleja elementos generales de la conducta. Una vez determinado el tipo sancionador general, se individualiza en función de la efectiva participación de cada empresa en la conducta. Para ello, se tiene en cuenta el volumen de negocios de cada empresa sancionada en el mercado afectado durante la infracción, que viene determinado por la duración e intensidad de la participación de cada una de ellas en la conducta. Sumando el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción aportado por todas las empresas, se obtiene el total del volumen de negocios afectado por la infracción, a partir del cual se calcula la cuota de participación de cada infractora en la conducta, es decir, la proporción del volumen de negocios afectado por la infracción de cada empresa sobre el total de la facturación en el mercado afectado por la conducta.

Por lo tanto, el volumen de negocios del mercado afectado por la infracción depende de la duración de la conducta que se ha probado para cada empresa y de la intensidad de su participación.

Para que la sanción respete la efectiva dimensión de la conducta, se considera que aquellas empresas que tengan una cuota de participación más elevada merecerán un reproche sancionador mayor, por lo que se les incrementará el tipo sancionador general en mayor proporción.

Por otra parte, en esta fase de individualización se valoran también las circunstancias agravantes o atenuantes que, en su caso, puedan concurrir ( artículo 64.1.g de la LDC), que se hayan especificadas respectivamente en los apartados 64.2 y 64.3.



Siguiendo la citada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 1%, 5% o 10% del volumen total de negocios, la valoración de la densidad antijurídica de la conducta. De este modo, se fija el tipo sancionador que corresponde imponer a cada una de las empresas de acuerdo con la gravedad y características de la conducta, y de su participación en ella.

No apreciamos, por tanto, error alguno en la concreción de la sanción pues como infracción muy grave la conducta puede ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1). En el caso de la actora, 79.815 euros.

A partir de ahí, la resolución sancionadora tomando en consideración la gravedad de la infracción, el alcance y ámbito geográfico de la conducta, fija el tipo sancionador con carácter general en el 3,50%, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios y la aplicación de dicho tipo al volumen de negocios total de la empresa, arroja un resultado de 2.794 euros.

No apreciamos por ello error alguno ni desproporción respecto de las empresas que menciona.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

**DÉCIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

## FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana Rayón Castilla, en nombre y representación de **FC FOTÓGRAFOS TORREJÓN, S.L.**, y **D. Efrain** contra la resolución de 15 de diciembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.794 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que declaramos conforme a derecho en cuanto a la sanción impuesta a la actora.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.