



Roj: **STS 4025/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4025**

Id Cendoj: **28079130032015100281**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/09/2015**

Nº de Recurso: **836/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4360/2012,**  
**AAAN 285/2012,**  
**STS 4025/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil quince.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 836/2013 interpuesto por ARCEBANSA, S.A., representada por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2012 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 639/2011 . Se ha personado en las actuaciones, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 26 de octubre de 2012 (recurso nº 639/2011 ) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Arcebansa, S.A. contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0226/10, licitaciones de carreteras) en el que, entre otros pronunciamientos, se impone a la referida entidad una sanción de multa por importe de 1.032.455 euros como responsable de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

**SEGUNDO.-** El fundamento segundo de la sentencia reproduce los antecedentes de hecho de la resolución administrativa sancionadora relativos a la entidad Arcebansa, S.A.:

De esos antecedentes, interesa ahora destacar los siguientes:

<< (...)1.4. ARCEBANSA, S.A. (ARCEBANSA). Empresa constructora radicada en Zamora dedicada a la obra pública (carreteras y ferrocarriles). Los propietarios de la empresa son personas físicas...

Las licitaciones objeto del expediente sancionador están relacionadas con la rehabilitación, el refuerzo, la conservación y el mantenimiento de firmes.

Los demandantes de estos servicios son las Administraciones Públicas, que para su contratación de acuerdo con la LCSP recurre a procedimientos de licitación. Los procedimientos más habituales para la adjudicación de estas obras son el procedimiento abierto y el procedimiento restringido.

La clasificación requerida habitualmente para contratar en licitaciones cuyo objeto es una obra de rehabilitación o refuerzo de firmes y plataformas es la clasificación G4f: "G" (grupo: viales y pistas); "4" (subgrupo de actividad): "con firmes de mezclas bituminosas" y "f" (presupuesto de la obra contratada, o



anualidad media si el contrato es superior al año): a partir de 2.400.000 euros. También en alguna ocasión se requiere la clasificación G5f. El "5" responde al subgrupo de actividad "señalizaciones y balizamientos viales".

El número de empresas que tiene o está en condiciones de obtener esta clasificación es elevado, lo que supone que la oferta de estos servicios se encuentra relativamente atomizada. Junto a empresas de mayor tamaño que operan a escala nacional, existen numerosos operadores de ámbito local y dimensiones reducidas.

Para la realización de este tipo de obras se emplea, además de maquinaria, mezclas bituminosas entre otros materiales. Algunas empresas se encuentran verticalmente integradas, esto es, prestan servicios de rehabilitación y refuerzo de firmes empresas que a su vez producen los asfaltos. Las empresas cuyas instalaciones se encuentran próximas al lugar en el que han de realizarse las obras de rehabilitación pueden contar por ello con una cierta ventaja comparativa de costes en la licitación. No es infrecuente tampoco que presenten ofertas a las licitaciones empresas integradas en UTE que buscan complementar sus capacidades o aprovechar la ventaja competitiva del socio local.

Según cifras del Ministerio de Fomento (folios 2.049 a 2.225), a nivel nacional entre 2007 y 2009 se licitaron 141 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, en los que se presentaron un total de 380 empresas.

Por su parte, según cifras de PROVILSA (folios 1.789 a 1.809) en Castilla y León entre 2007 y 2009 se licitaron 25 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, en los que se presentaron un total de 52 empresas>>.

Según esa relación de antecedentes, 34 empresas del sector, entre ellas la aquí recurrente Arcebansa, S.A., participaron en una reunión celebrada el 16 de diciembre de 2008 cuyo objeto era alcanzar un acuerdo sobre el vencedor y las ofertas a presentar en cada una de las licitaciones pública recogidas en la documentación que obra en el expediente; habiendo participado la empresa Arcebansa, S.A. en siete de aquellas licitaciones (en concreto, las identificadas como 32-A-4240, 32-AB-4420, 32-AV-2970, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940 y 32-V-5870).

La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia -cuya fundamentación reproduce en gran medida la sentencia recurrida- relata la mecánica de las conductas examinadas y ofrece diferentes datos sobre la participación de Arcebansa, S.A. en las diferentes licitaciones y los pagos recibidos por dicha entidad por modificar sus ofertas económicas, exponiendo asimismo la resolución los elementos de prueba en los que se sustentan tales datos.

Las cuestiones relativas a la valoración de la prueba y la virtualidad de la prueba de indicios, además de la calificación jurídica de la conducta y otras cuestiones que habían sido suscitadas en el proceso, son abordadas todas ellas en el fundamento quinto de la sentencia, del que reproducimos ahora los siguientes fragmentos:

<< (...) Se afirma por la actora que la cita de su nombre en documentos elaborados por terceros no implica que reflejen hechos ciertos y los pagos acreditados, no tienen necesariamente que responder a las actuaciones antes descritas.

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como los pagos, como la confesión de los hechos de algunas implicadas, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado.

En cuanto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 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, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos, pagos realizados y confesión de algunas implicadas-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, fundamentalmente respecto de los pagos realizados, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

En cuanto a la modificación de los hechos por la CNC, pues la Dirección determinó la existencia de catorce carteles y la CNC sólo uno, no se trata de alteración de los hechos sino de valoración de los mismos, esto es, de su interpretación, y sin que tal calificación sea sustancial a los hechos imputados.



[...]

De los hechos relatados resulta la existencia de diferentes acuerdos, insertos, como señala la CNC, en una estrategia global, que de forma efectiva modificaron los precios en las distintas licitaciones.

Respecto del mercado afectado, la Sala comparte las apreciaciones de la CNC:

*"Se ha constatado que el mecanismo colusorio afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). Este es el ámbito donde era susceptible que la infracción produjera efectos y el que debe considerarse como referencia a efectos del cálculo del importe básico de la sanción.*

*El Consejo considera que las licitaciones de obra para la construcción de carreteras y autovías no forman parte de este mercado. Las características técnicas de este tipo de obras y su envergadura llevan a considerar que no existe sustituibilidad suficiente por el lado de la oferta para considerarlas parte del mismo mercado que las obras de rehabilitación. De hecho, aunque algunas de las empresas involucradas en este expediente pertenecen a grupos que sí se presentan a licitaciones de obras de construcción, buena parte de las empresas han reconocido que en su caso el desglose por construcción no procede.*

*El hecho de que las licitaciones públicas de obras de construcción de carreteras y autovías no formen parte del volumen de ventas afectado por esta infracción no debe malinterpretarse y llevar a considerar que del volumen de negocios correspondiente a las licitaciones de mejora, refuerzo y rehabilitación de firmes y plataformas haya que descontar aquellas partes que las empresas, a su entender, consideran más cercanas a la construcción. Esto es lo que algunas partes han pretendido en su contestación a la actuación complementaria prevista por este Consejo en su Acuerdo de 19 de julio de 2011. Sin embargo, ese tipo de actuaciones vienen comprendidas en la misma licitación, como parte del proceso de rehabilitación y mejora del firme o de la plataforma, lo llevan a efecto las mismas empresas y no quedan fuera del perímetro del volumen de negocios afectado por la infracción.... Algunas partes consideran que por razones técnicas y de equipos necesarios para la obra no deben considerarse como parte del mismo mercado la rehabilitación de plataformas y de firmes (ARCEBANS, OCASA, BETUNES Y FIRMES y EXTRACO). Sin embargo, no se aprecian elementos de hecho que apoyen esta distinción. En el listado de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) remitido por el Ministerio de Fomento para el periodo 2007-2009 se observa cierta diversidad en la cartera de proyectos: hay obras de más o menos importe; obras que se refieren solo a la rehabilitación de firme frente a otras que persiguen su refuerzo estructural. Sin embargo, se observa que las empresas -o al menos un nutrido grupo de ellas- se presentan a uno u otro tipo de obra indiferentemente, lo que es síntoma inequívoco de sustituibilidad por el lado de la oferta. Probablemente aunque los medios necesarios para ejecutarlas presenten ciertas diferencias, las empresas que se dedican a este tipo de proyectos están en condiciones de disponer de ellos. De hecho, el Ministerio de Fomento no ha realizado ningún tipo de distinción al respecto.*

*El mercado tiene sin lugar a dudas dimensión nacional. Las empresas se presentan a licitaciones de obras a ejecutar por todo el territorio nacional. Incluso cuando la administración que convoca es autonómica pueden presentarse empresas de cualquier parte del territorio. En este sentido, las 14 licitaciones analizadas constituyen un claro ejemplo de ello. Ciertamente hay algunas empresas que tienen su negocio más centrado en un territorio, pero obviamente se pueden ver sujetas a las presiones competitivas de las empresas que operan a escala nacional o en otras zonas. Algunas partes defienden la supuesta dimensión regional del mercado por la necesidad de planta de aglomerado cercana. Sin negar que este sea un factor relevante para realizar una oferta más competitiva, el carecer de planta no impide tener acceso al producto por otros medios (mediante contratación o celebración de UTE) o que las empresas con plantas en regiones vecinas presenten sus ofertas en la licitación propagándose las presiones competitivas. En definitiva, estamos ante un mercado en el que la competencia se desenvuelve a escala nacional. Precisamente por ello tampoco cabe diferenciar mercados en base a la autoridad que convoca la licitación como algunas partes proponen (OCASA, BETUNES Y FIRMES). Las empresas que cuentan con los medios técnicos y económicos pueden concurrir independientemente de quien sea la autoridad que convoque. Esta sustituibilidad entre licitaciones desde el lado de la oferta lleva necesariamente a definir un único mercado para todas.*

*Algunas empresas alegan que subastas restringidas y abiertas no forman parte del mismo mercado (CHM y PADELSA, EIFFAGE, VIASCON, EXTRACO). La razón estriba en que mientras que a las abiertas puede presentarse todo el que esté calificado a las restringidas solo se presentan aquellos que, tras mostrar su interés, sean seleccionados. Una vez más, en el listado de licitaciones remitido por el Ministerio de Fomento se observa que las empresas se presentan indiferentemente a uno u otro tipo de licitación sin que se requieran medios técnicos u económicos diferentes para ello. Esto es, no hay obstáculos para que las empresas que se presentan al procedimiento abierto puedan concurrir al restringido ejerciendo una presión competitiva, incluso en fase de preselección. El hecho de que el número de empresas sea menor en el procedimiento restringido no lleva a definir*



*mercados separados, sin perjuicio de que pueda ser un factor que aumente la probabilidad de colusión como algunas partes han sugerido."*

La distinción que sostiene la recurrente sobre trabajos de firme y plataforma no encuentra reflejo en los hechos descritos, pues un grupo importante de empresas licita a unas y otras obras, lo que pone de manifiesto sus sustituibilidad>>.

En cuanto a la cuantificación de la sanción, el fundamento sexto de la sentencia, aparte de reproducir los criterios aplicados en la resolución administrativa sancionadora, añade algunas consideraciones que dan respuesta a puntos controvertidos por la demandante. El contenido de este fundamento sexto es el que sigue:

<< (...) SEXTO: El cálculo de la sanción se realiza del siguiente modo:

*"Se parte del volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en 2008 y 2009 que cada empresa ha aportado en respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación de 21 de septiembre de 2010 y, en su caso, al requerimiento realizado por el Consejo de a CNC mediante Acuerdo de 19 de julio de 2011.*

*La información inicialmente aportada a la Dirección de Investigación se ha minorado en el importe de las obras de construcción en aquellos casos que se ha justificado por la empresa convenientemente que el volumen de negocios en su día remitido incluía tales cifras. De forma similar se ha hecho cuando se ha constatado que se incluían cifras de contratos de servicios de conservación.*

*No se ha procedido a ninguna minoración cuando las partes han presentado desgloses no justificados, ajenos a la construcción o cuando han presentado desgloses del presupuesto de una misma obra de rehabilitación para minorar su volumen de negocios. El mecanismo de colusión afectaba a la totalidad de la obra de rehabilitación licitada y tal es la base que debe de tomarse.*

*Para el cálculo del volumen de ventas afectado y a la vista de las fechas de convocatoria y adjudicación de las licitaciones para las que la colusión se ha acreditado, se toma en cuenta el volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de carreteras de la siguiente forma:*

*- Para las empresas que sólo han participado en la licitación convocada y adjudicada por PROVISA en 2009, se toma la mitad del volumen de negocios de ese ejercicio. Esa misma proporción se toma para las empresas que han tomado parte solo en licitaciones adjudicadas en 2008.*

*- Para las empresas que han participado en licitaciones adjudicadas en 2009 acordadas en la reunión de 16 de diciembre de 2008, se toma el importe equivalente a un mes de facturación de 2008 (prorrateando entre 12 el volumen de ventas de ese ejercicio) y el volumen de negocios de 2009.*

*- Para las empresas que han participado en licitaciones adjudicadas en 2008 y 2009, se toma la mitad del volumen de negocios de 2008 y el volumen de negocios de 2009.*

*Así considerado el volumen de ventas afectado y aplicando los coeficientes de ponderación previstos en la comunicación en función de la duración, obtenemos el volumen de ventas total del periodo (ya ponderado por los coeficientes de duración) que se recoge en el cuadro adjunto para cada una de las empresas responsables de la infracción."*

Las obras que la recurrente afirma han de ser excluidas, responden a licitaciones públicas y se insertan en la actividad de rehabilitación de carreteras, y por ello en el mercado relevante, aun implicando la construcción de un nuevo tramo de carretera.

En cuanto a la duración de la conducta, la posición de la CNC es coherente con su apreciación, compartida por la Sala, de encontrarnos ante una estrategia global:

*"Resulta absurdo considerar que la infracción cesa con la presentación de la oferta o incluso con la adjudicación de la licitación cuando se ha podido comprobar que los pagos de las compensaciones seguían operando a posteriori. Por otro lado, tras la adjudicación todavía ha de ejecutarse la obra licitada y el impacto sobre el presupuesto público de las bajas distorsionadas no se ha producido.*

*Pero es que, además, los acuerdos sancionados operan como un continuo. Como ya se ha expuesto, estos acuerdos constituyen un mecanismo que permite alterar el importe de las bajas de las licitaciones en beneficio de las empresas. Dado el carácter de juego repetido que tienen estas licitaciones de rehabilitación de carreteras, el mecanismo puede operar con cierta estabilidad. Ello se deduce de los hechos probados, donde se comprueba cómo operó en licitaciones convocadas en diferentes momentos temporales y adjudicadas a lo largo de 2008 y 2009, periodo en el que se sitúa la infracción."*



Por tal razón se recogen los tres supuestos anteriores, ya que la conducta se entiende a la preparación de los acuerdos, su adopción y ejecución.

Respecto de la actora se señala:

*"ARCEBANSA, S.A. ha participado en 7 licitaciones (32-A-4240, 32-AB-4420, 32-AV-2970, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940 y 32-V-5870). Su identidad aparece reflejada en documentación que acredita la colusión en dichas licitaciones y revela su participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008. También se ha acreditado en la contabilidad de MISTURAS un pago a ARCEBANSA como compensación por la licitación de Cantabria 32-S-5580 (folio 2.240).*

*A la vista de todo ello, puede concluirse que ARCEBANSA, S.A. es responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-A-4240, 32-AB-4420, 32-AV-2970, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940 y 32-V-5870 convocadas por el Ministerio de Fomento."*

Las situaciones de crisis económica no está prevista legalmente como atenuante y no puede apreciarse como tal porque es ajena a la conducta. En los casos citados por la recurrente, la Comisión consideró la situación económica - saturación, reestructuración o caída de ventas - porque tales situaciones afectaban directamente a la conducta, mientras que en el presente caso la colusión se produce en licitaciones para rehabilitación de carreteras efectivamente ofertadas, lo cual desvincula el comportamiento de una crisis en el sector.

No podemos compartir la afirmación actora de falta de afectación significativa al interés público, pues la concertación que examinamos alteró los precios de las licitaciones a cargo de fondos públicos, y existió un enriquecimiento sin causa para las empresas no adjudicatarias que participaron en la conducta, precisamente a cargo de dichos fondos públicos.

Por otra parte, la conducta eludió las normas administrativas que garantizan la transparencia en la contratación administrativa y el acierto en la selección de la oferta más ventajosa, y tendió directamente a impedir su aplicación.

Por lo demás, y en cuanto a la valoración de la conducta de la actora, compartimos las afirmaciones de la CNC en cuanto al mercado afectado, cuota de mercado y efectos de la conducta>>.

Por todo ello la Sala de la Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Arcebansa, S.A. preparó recurso de casación y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 15 de abril de 2013 en el que formula cuatro motivos de casación, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . El contenido de cada uno de los motivos admitidos a trámite es, en síntesis, el siguiente:

**1.-** Infracción de lo establecido en los artículos 24.2 de la Constitución Española y 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , así como del artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia que los desarrolla, al confirmar la sentencia la sanción impuesta a Arcebansa, S.A. pese a no concurrir los requisitos necesarios para desvirtuar su derecho a la presunción de inocencia.

**2.-** Infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución , 319.2 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia dictada en su aplicación, al haber realizado la sentencia, para determinar la cuantía de la sanción impuesta una valoración de la prueba considerada irrazonable, arbitraria y contraria a las reglas de la sana crítica (en concreto, de los documentos obrantes en el expediente administrativo y aportados a los autos, así como de los informes periciales aportados), al no haber examinado con la más mínima atención los argumentos de la recurrente, contestándolos mediante una mera referencia a los exactos términos de la resolución impugnada, con larguísimas citas de ella como contestación a los argumentos de esta parte.

**3.-** Infracción del artículo 9.3 de la Constitución y de los artículos 3 y 54.1.c/ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , que consagran el principio de interdicción de la arbitrariedad y de confianza legítima, así como de la jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos, al confirmar la sentencia recurrida que la Administración competente (la CNC) no está obligada a aplicar su propia Comunicación sobre la cuantificación de multas (la "Comunicación").

**4.-** Infracción de los artículos 25 de la Constitución y 54.1 y 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , que consagran el principio de proporcionalidad y su concreción en un deber de especial motivación, así como de la jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos.



Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se dite sentencia anulando la resolución sancionadora, o, subsidiariamente, declarando procedente la reducción de la cuantía de la sanción.

**CUARTO.-** Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 13 de junio de 2013 se acordó la inadmisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera conforme a las reglas de reparto de asuntos.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 9 de julio de 2013 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la representación de la Administración del Estado mediante escrito presentado el 30 de julio de 2013 en el que expone las razones de su oposición a los motivos de casación formulados y termina solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación.

**SEXTO.-** Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 22 de septiembre de 2015, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación nº 836/2013 lo interpone la representación procesal de Arcebansa, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2012 (recurso nº 639/2011) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de la referida entidad contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0226/10, licitaciones de carreteras) en el que, entre otros pronunciamientos, se impone a Arcebansa, S.A. una sanción de multa por importe de 1.032.455 euros como responsable de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En el antecedente segundo han quedado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación que ha formulado la entidad mercantil recurrente, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

**SEGUNDO.-** Como hemos visto, en el motivo primero se alega la infracción de los artículos 24.2 de la Constitución Española y 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como del artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia que los desarrolla, al haber confirmado la sentencia la sanción impuesta a Arcebansa, S.A. pese a no concurrir los requisitos necesarios para desvirtuar su derecho a la presunción de inocencia. Argumenta la recurrente que la sentencia declara la comisión de la infracción recogida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia con base en una prueba meramente indiciaria o de presunciones, pese a no concurrir en este caso los requisitos que la jurisprudencia exige para que, de conformidad con el citado principio de presunción de inocencia y el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulte admisible y suficiente este tipo de prueba. Insiste la recurrente en que la sentencia de instancia se fundamenta en los indicios recogidos en la resolución administrativa que no fueron probados plenamente y que quedaron desvirtuados por la recurrente ante la Sala de la Audiencia Nacional, que no explicita el razonamiento en virtud del cual concluye que mi mandante tomó parte en la infracción de la que se le acusa.

Ante todo procede recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional ( SsTC 174/1985, 175/1985, 229/1988 ) y a la jurisprudencia de esta Sala -sirvan de muestra las SsTS de 23 de marzo de 2015 (casación 4422/2012), 16 de febrero de 2015 (dos sentencias con esta fecha dictadas en los recursos de casación 940/2012 y 4182/2012) así como la 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010) y las que en ésta se citan de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999 y 6 de marzo de 2000 - el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; si bien para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.



En parecidos términos se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios ( STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso PhanHoang c. Francia , § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria , § 5); si bien, cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. Es ésta, como destacábamos en la sentencia antes citada de 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010 ), la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas, debiendo estar asentado el engarce lógico en una «comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» ( SsTC 45/1997, de 11 de marzo, F. 5 ; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2 ; 135/2003, de 30 de junio , F. 2, entre otras).

Pues bien, trasladando estas consideraciones al caso que nos ocupa constatamos que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia ha respetado la exigencia de razonabilidad del engarce entre los hechos acreditados y las conductas anticompetitivas que se declaran probadas. En efecto, los distintos hechos y elementos indiciarios que la resolución sancionadora toma en consideración -documentación entregada por el denunciante y la hallada en los registros de sedes de empresas, consistente con la anterior; documentos y archivos *excel* localizados en lugares diferentes y que guardan total coherencia y relación unos con otros; el propio resultado de las licitaciones, pues las bajas ofertadas coinciden con las que aparecen en la documentación aportada o incautada; coincidencias entre las distintas licitaciones examinadas; semejanzas entre los distintos ficheros sobre pagos a realizar; participación en distintas licitaciones y en una reunión en la que se habrían acordado las condiciones de las bajas a ofertar; y, en fin, el reconocimiento por varias de las empresas de que la reunión de 16 de diciembre de 2008 fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA)- son todos ellos elementos fácticos que, valorados de manera conjunta, permiten razonablemente inferir la existencia de una conducta anticompetitiva, sin que pueda sostenerse que esta conclusión está basada en meras sospechas o conjeturas.

Es cierto que la Sala de instancia no expone de una manera directa y certera el razonamiento por el que, a partir de los indicios acreditados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pero no puede decirse que haya resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, pues, aunque sea mediante la transcripción literal de amplios fragmentos de la resolución administrativa sancionadora, la sentencia recurrida deja constancia de cuáles son los datos y elementos de prueba tomados en consideración.

Por lo demás, en el antecedente segundo hemos visto que la sentencia recurrida hace expresa referencia a esos elementos de prueba y a la virtualidad probatoria de los indicios. Así, en respuesta a las alegaciones de la demandante sobre la valoración de la prueba y la prueba de indicios, la Sala de instancia expone en el fundamento quinto de la sentencia, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) Se afirma por la actora que la cita de su nombre en documentos elaborados por terceros no implica que reflejen hechos ciertos y los pagos acreditados, no tienen necesariamente que responder a las actuaciones antes descritas.

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como los pagos, como la confesión de los hechos de algunas implicadas, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado.

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

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos, pagos realizados y confesión de algunas implicadas-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, fundamentalmente respecto de los pagos realizados, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan (...)>>.

Por todo ello, el motivo de casación debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Tampoco puede ser acogido el motivo de casación segundo, en el que se alega la infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución , 319.2 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia



dictada en su aplicación, al haber realizado la sentencia -según la recurrente- una valoración de la prueba que debe considerarse irrazonable, arbitraria y contraria a las reglas de la sana crítica (en concreto, de los documentos obrantes en el expediente administrativo y aportados a los autos, así como de los informes periciales aportados), al no haber examinado con la más mínima atención los argumentos de la recurrente, contestándolos mediante una mera referencia a los exactos términos de la resolución impugnada, con larguísimas citas de ella como contestación a los argumentos de esta parte.

Es cierto que la fundamentación de la sentencia recurrida, que en buena medida no hace sino reproducir extensos apartados de la resolución administrativa, está muy lejos de ser modélica. Pero debe notarse que la recurrente no formula un motivo por defectuosa motivación de la sentencia; denuncia que, de haber existido, debería haberse formulado al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por infracción de las normas reguladora de la sentencia.

Así las cosas, lo que pretende la recurrente es, sencillamente, que valoremos el material probatorio de un modo distinto a como lo ha hecho la Comisión Nacional de la Competencia, cuyas conclusiones, como hemos visto, son enteramente asumidas por la Sala de instancia. Pues bien, debe recordarse aquí que, según reiteradísima jurisprudencia, la valoración de la prueba no puede ser revisada en casación salvo en supuestos excepcionales, como son aquellos en que se justifique que el tribunal de instancia ha vulnerado alguno de los escasos preceptos de nuestro ordenamiento que atribuyen valor tasado a determinados medios de prueba, o en que la valoración realizada sea arbitraria o ilógica y, por consiguiente, vulneradora del artículo 9.3 de la Constitución. No basta entonces con señalar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser distinto que es erróneo, a juicio de la parte recurrente, pues, como decimos, resulta necesario justificar que la valoración realizada es arbitraria, irrazonable o conduce a resultados inverosímiles. Y nada de esto sucede en el caso que nos ocupa.

**CUARTO.-** En el motivo de casación tercero se alega la infracción del artículo 9.3 de la Constitución y de los artículos 3 y 54.1.c/ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que consagran el principio de interdicción de la arbitrariedad y de confianza legítima, así como de la jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos, aduciendo la recurrente que la vulneración de tales preceptos y principios se ha producido porque la sentencia recurrida confirma que la Comisión Nacional de la Competencia no está obligada a aplicar su propia Comunicación sobre la cuantificación de multas.

El motivo debe ser desestimado.

El fundamento sexto la sentencia recurrida reproduce un fragmento de la fundamentación de la resolución administrativa en el que contiene una escueta referencia a la Comunicación sobre multas (en concreto alude a que se han aplicado "*... los coeficientes de ponderación previstos en la comunicación en función de la duración*"). De esa mención se desprende que la Comisión Nacional de la Competencia ha querido seguir los criterios fijados en su "Comunicación sobre cuantificación de las sanciones" de 6 de febrero de 2009; aunque la recurrente sostiene que en realidad la resolución sancionadora aquí controvertida se aparta de esa Comunicación.

Pues bien, lo cierto es que, salvo esa breve mención -que no es propia de la sentencia, pues pertenece al fragmento de la resolución sancionadora que la sentencia se reproduce- la Sala de instancia no hace ninguna alusión a la Comunicación sobre multas emitida en su día por la Comisión Nacional de la Competencia, ni "ratifica" que la Administración no quede vinculada por ella, ni, en definitiva, la sentencia recurrida hace pronunciamiento alguno al respecto.

Es esta Sala del Tribunal Supremo la que desde nuestra sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), cuya doctrina hemos reiterado luego en diversas ocasiones -pueden verse, entre otras, las sentencias de 22 de junio de 2015 (casación 1036/2013), 30 de enero de 2015 (casación 1580/2013), 20 de abril de 2015 (casación 2064/2012) y 22 de mayo de 2015 (casación 2449/2013)- viene declarando que la fijación de la cuantía de las multas debe hacerse atendiendo a los criterios legales de graduación debidamente motivados, especificando esa misma jurisprudencia que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 que hemos hecho en esas mismas sentencias.

Por ello, sin perjuicio de lo que expondremos en el apartado siguiente, donde reseñaremos con más detalle la jurisprudencia a la que acabamos de aludir, el motivo de casación tercero debe ser desestimado, al no ser acertada su formulación.

**QUINTO.-** Por último, en el motivo de casación cuarto se alega la infracción de los artículos 25 de la Constitución y 54.1 y 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el artículo 64.1 de la Ley





de Defensa de la Competencia , que consagran el principio de proporcionalidad y su concreción en un deber de especial motivación, así como de la jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos.

Aduce la recurrente que la sentencia recurrida no toma en consideración ninguna de las atenuantes que concurren en el supuesto examinado, que habrían llevado a una significativa reducción del importe de la sanción impuesta. Señala, en concreto, que de las circunstancias contempladas en el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia concurren en este caso las relativas a: (i) la reducida parte del mercado nacional de conservación de carreteras que pudo verse afectado por la infracción (como máximo un 10% del mercado en atención al total licitado); (ii) la limitada cuota de mercado de Arcebansa, S.A. (muy inferior al 1% del mercado); y (iii) su colaboración activa con la Administración. Y, en todo caso, aduce la recurrente, la ausencia de acreditación de circunstancias agravantes, debió determinar la imposición de la sanción, de conformidad con la jurisprudencia, en el importe más reducido posible.

Algunas de las alegaciones que se formulan en este último motivo de casación no pueden ser acogidas. Así, en lo que se refiere a la determinación del volumen de negocios afectado por la infracción, y, en definitiva, a la identificación del mercado relevante, debemos reproducir aquí las consideraciones expuestas en ocasiones anteriores, en las que otras recurrentes habían formulado este alegato en relación con la misma resolución sancionadora. Así, en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2015 (casación 3854/2013 ) -cuyos razonamientos aparecen reiterados luego en sentencia de 23 de abril de 2015 (casación 4422/2013 )- señalábamos lo siguiente:

*<< (...) En relación con la determinación del mercado afectado (apartado i del motivo), no hay ninguna razón para circunscribir el mismo a sólo algunas de las obras (reposición y mejora de firmes) y sólo a determinados tipos de licitaciones. La resolución sancionadora justifica el mercado de forma razonada sin que la parte oponga más que su opinión contraria, limitándose a afirmar que la definición del mercado es demasiado amplia. En cuanto al tipo de licitaciones, deben quedar comprendidas todas las que efectivamente se producen en el mercado, sin que resulte relevante el que las concretas licitaciones investigadas se hayan detectado en licitaciones restringidas o en las convocadas por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, pues no hay base para apreciar que los acuerdos colusivos tuviesen ese tipo de condicionamientos>>.*

En cambio, las manifestaciones de la recurrente sobre vulneración del principio de proporcionalidad, nos obligan a reiterar lo que hemos expuesto en ocasiones anteriores al resolver cuestiones similares.

En efecto, aunque desde perspectivas no siempre coincidentes, en repetidas ocasiones ha sido suscitada ante esta Sala la cuestión relativa a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad en la cuantificación de las sanciones en materia de defensa de la competencia, lo que nos ha llevado a interpretar y aplicar los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , poniéndolos en relación con el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Por ello, consideramos procedente reproducir aquí las consideraciones que expusimos en nuestra sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013 ), que luego hemos reiterado en pronunciamientos posteriores, como son, entre otras, dos sentencias de 30 de enero de 2015, dictadas en los recursos de casación 1580 / 2013 y 1746/2014 , y las que también hemos citado de 20 de abril de 2015 (casación 2064/2012 ), 22 de mayo de 2015 (casación 2449/2013 ) y 22 de junio de 2015 (casación 1036/2013 ).

Los fundamentos quinto a noveno de la citada sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013 ) tienen el siguiente contenido:

*<< (...) QUINTO.- La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 - denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios").*

*Esta es una interpretación que seguramente no plantearía problemas desde la perspectiva del derecho nacional si no fuese por la incidencia de un elemento externo -el artículo 23, apartado 2, párrafos segundo y tercero, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en lo sucesivo, Reglamento 1/2003 )- al que más tarde haremos referencia. Responde a lo que es usual en las normas sancionadoras administrativas, en las que el legislador fija un intervalo (un espacio entre dos valores, uno máximo y otro mínimo) de las sanciones pecuniarias posibles, bien haciéndolo en términos fijos (multa de 1 euro hasta x euros) bien en términos porcentuales (multa*



del correspondiente tanto por ciento, desde 0 hasta x, de una determinada magnitud, sea ésta el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada, el contenido económico de la operación de blanqueo de capitales detectada, u otras similares).

Desde esta perspectiva cada uno de los porcentajes máximos establecido por el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, en función de la calificación de la conducta como infracción leve, grave o muy grave, tiene la misma naturaleza, lo que revela -junto con el resto de consideraciones que hacemos- la debilidad del argumento que emplea el Abogado del Estado cuando sostiene que uno de ellos (el diez por ciento) no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones sino como factor de moderación a posteriori, esto es, una vez calculadas éstas. Para el Abogado del Estado aquel porcentaje operaría únicamente como límite extrínseco, como "un umbral máximo que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesta no podrá superar". La finalidad de este límite del diez por ciento sería, a su juicio, la de evitar que "la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito, por cuanto la desaparición de una empresa en cierto sector en nada ayuda a la competencia en el mismo". El argumento del Abogado del Estado, sin embargo, no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales (el uno y el cinco por ciento) pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al uno por ciento del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos.

Si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el uno y el cinco por ciento) tienen, en la configuración normativa del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el diez por ciento para las infracciones muy graves, la tesis del Abogado del Estado que acabamos de exponer -y que coincide con la que asume la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE - dicha tesis, decimos, no resulta aceptable.

La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el "importe básico de la sanción" sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes -que pueden ser, obviamente, varias- se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios.

Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.

El Abogado del Estado defiende, por el contrario, que el límite del diez por ciento actúa únicamente como ulterior "umbral de nivelación" de la sanción ya definida. Con esta expresión (que, por lo demás, no figura en el Reglamento 1/2003 aunque sí en la versión en español de algunas sentencias del Tribunal de Justicia) se quiere identificar lo que hemos denominado "límite extrínseco" aplicable a las sanciones, una vez fijada previamente la cuantía "apropiada" de éstas según el método de cálculo que hace suyo la Comunicación de la Comisión Nacional de Competencia. Dejaremos aparte el hecho de que, en castellano, el término "umbral" no tiene el significado que se emplea en el recurso: umbral es la parte inferior o escalón contrapuesto al dintel, en la puerta o entrada de una casa, o, según su tercera acepción registrada, el "valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado", no un valor máximo. Pero tal límite extrínseco, repetimos, no se contiene en la Ley española aunque sí lo haga en el Reglamento 1/2003.

Incluso si admitiéramos -a efectos dialécticos, pues ya hemos rechazado esta interpretación- que el porcentaje del diez por ciento constituye en la Ley 15/2007 un mero "umbral de nivelación", el problema de la inexistencia de unos valores mínimo y máximo para fijar previamente la multa seguiría subsistiendo. La existencia en



nuestro ordenamiento de este tipo de límites superiores presupone que las respuestas sancionadoras han sido previamente determinadas, e individualizada la pena, conforme a las reglas legales y las exigencias constitucionales de taxatividad en el derecho punitivo. Por poner un ejemplo fácilmente comprensible, las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de éstos. Y sólo después, en ciertos casos, la Ley fija un "límite máximo" excepcional, o cláusula de cierre, de "cumplimiento efectivo", de modo que condenas válidamente impuestas, según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente "limitadas" ( artículo 76 del Código Penal ) a sólo cuarenta, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción.

El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio. El conocimiento de aquellos principios y de las técnicas generales de aplicación de las normas de carácter punitivo se revela, en este contexto, como particularmente necesario. Y, en este mismo sentido, aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, no está de más recordar que las sanciones pecuniarias establecidas -también en el caso de las personas jurídicas- para los delitos tipificados en el Código Penal tienen igualmente unos máximos y mínimos que predeterminan la extensión de cada una, de modo que los jueces y tribunales han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados para cada delito. La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador.

En un análisis sistemático esta interpretación viene reforzada si atendemos a la coherencia del sistema punitivo en su conjunto. Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son, como resulta lógico, las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo artículo 284.1 sanciona a quienes "empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación". Se trata de conductas contrarias a la libre concurrencia cualificadas por el añadido de la violencia, la amenaza o el engaño. Pues bien, de conformidad con el artículo 288 del Código Penal, cuando una persona jurídica sea responsable del delito tipificado en el artículo 284 le corresponderá una "multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad" o una "multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos". El sistema de multas-período de tiempo, a su vez, para el caso de las que se pueden imponer a las personas jurídicas tiene como base una cuota diaria con un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros.

Si traemos a colación estas referencias es por corroborar que en el Derecho sancionador español incluso las sanciones pecuniarias que corresponden a las conductas contrarias a la libre concurrencia más graves (las delictivas) tienen previstas en la Ley una escala o intervalo de valores mínimos y máximos dentro del cual se ha de individualizar la respuesta punitiva. Es cierto que en el caso de las personas jurídicas las penas por estos delitos no se limitan a las pecuniarias (atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal, según dispone el artículo 288.2 de éste) pero lo relevante a los efectos que aquí importan es la necesaria -y constante- predeterminación legal de las cifras mínimas y máximas, fijas o porcentuales, dentro de las cuales han de imponerse las multas.

SEXO.- Avanzábamos en el fundamento de derecho precedente que la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 que acogemos es la que "naturalmente" dimana de su tenor y del sentido de las escalas de multas máximas y mínimas, además de tratarse de la seguida en nuestro derecho sancionador tanto administrativo como (a fortiori) penal. El intento -por parte de la Comisión Nacional de Competencia y del Abogado del Estado- de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea, cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de aquéllas y de los artículos 101 y 102 del TFUE, puede explicar -pero no justifica- que hayan optado por no acoger dicha interpretación y la sustituyan por el empleo del método de cálculo de las multas utilizado por la Comisión Europea para las sanciones pecuniarias que esta institución impone al amparo del Reglamento 1/2003, método de cálculo que la Comisión Nacional de Competencia y el Abogado del Estado parecen entender preceptivo y aplicable directamente por las propias autoridades nacionales españolas.



La premisa de la que parte el Abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto. Basta para ello recordar que la propia Comisión Europea admite cómo la legislación de la Unión Europea en esta materia (por lo que aquí respecta, el tan citado Reglamento 1/2003) no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE, pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los artículos 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que -hasta este momento- no son objeto de una regulación armonizada.

Estas afirmaciones responden, por lo demás, a la interpretación consolidada del artículo 5 del Reglamento 1/2003 que ha hecho suya en reiteradas ocasiones la propia Comisión Europea. Por no citar sino uno de los últimos documentos emanados de esta institución, puede leerse en su Comunicación de 2014 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre "Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) nº 1/2003: logros y perspectivas futuras" (documento COM/2014/0453 final) cómo, en palabras de la propia Comisión, "[...] la legislación de la UE no regula ni armoniza las sanciones por incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE", afirmación categórica seguida del recordatorio a los Estados miembros para que "velen por que se disponga de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias".

Siendo ello así, queda enormemente relativizado el esfuerzo argumental que lleva a cabo el Abogado del Estado (y, en cierto modo, también la sentencia de instancia en su decisión mayoritaria y en el voto particular) con la ayuda de citas, más o menos fragmentarias, de sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal General sobre la aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003. Reconocida la capacidad de los Estados miembros para instaurar su propio régimen de medidas en respuesta a las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE, sin que sobre esta materia haya exigencias de armonización, las sanciones "nacionales" no tienen por qué adoptar ni los parámetros ni los porcentajes ni las nociones (entre ellas la de volumen de negocios) que emplea el artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones impuestas por la Comisión.

Tampoco está vinculado el legislador nacional -y, en esa misma medida, el intérprete de las normas internas- por los "métodos de cálculo" diseñados en las "Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003" respecto de las cuales (más propiamente, de sus antecesoras de 1998) ha afirmado el Tribunal de Justicia que "[...] no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del artículo 290 TFUE, apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el artículo 23 del Reglamento nº 1/2003" (apartado 66 de la sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C-501/11).

Otra cosa es que el legislador nacional, dentro de su legítimo margen de configuración normativa, hubiera decidido adoptar, de modo expreso y reconocido, las mismas pautas de fijación de las sanciones nacionales que figuran, en términos muy elementales, en el artículo 23 del Reglamento 1/2003 (sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad que ello pudiera suponer, a los que inmediatamente nos referiremos). Pese a que en la exposición de motivos de la Ley 15/2007, y con referencia a su título V, existe una alusión a las "tendencias actuales en el ámbito europeo", lo cierto es que la dicción del artículo 63 de la Ley 15/2007 diverge sensiblemente del artículo 23 del Reglamento 1/2003, hasta el punto de que se implanta en aquél la tipología diferenciada de las diversas infracciones (muy graves, graves o leves) y se asigna a cada una de ellas los intervalos correspondientes en términos de porcentajes del volumen de ventas total de los infractores.

La técnica nacional de determinación de multas aparejadas a cada tipo de infracción se aparta, pues, del sistema unitario con que trata las infracciones el artículo 23 del Reglamento 1/2003, precepto que no distingue entre ellas e introduce un solo elemento o factor cuantitativo (el porcentaje del diez por ciento) indistintamente aplicable a todas con la ya dicha función de salvaguarda final ante efectos punitivos en exceso gravosos. Precisamente porque aquel porcentaje es conceptuado desde la perspectiva del Reglamento 1/2003 como

"umbral de nivelación" ulterior para modular la incidencia negativa de las multas, una vez calculadas, sobre la economía de las empresas infractoras y evitar su desaparición, no resulta aplicable al sistema diseñado por la Ley 15/2007.

SÉPTIMO.- Las consideraciones que acabamos de hacer nos dispensan de afrontar con mayor extensión las delicadas cuestiones que se suscitarían, desde la perspectiva del respeto a las exigencias constitucionales, si pudiera prosperar -que no puede- la interpretación del artículo 63 de la Ley 15/2007 auspiciada por el Abogado del Estado. A ellas se refiere la Sala de instancia con una serie de argumentos que no consideramos necesario repetir pues, insistimos, la interpretación que llevamos a cabo de aquel precepto es la anteriormente expuesta.

Basta a estos efectos recordar que las garantías constitucionales (artículo 25.1) respecto de la predeterminación de las sanciones administrativas en términos taxativos harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley, y a tales efectos, un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. Un sistema que no fijase aquella escala y sólo contuviese una previsión para después atemperar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales.

En fin, aun cuando se admitiera una cierta colaboración reglamentaria ( artículo 129.3 de la Ley 30/1992 ) para "introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de [...] sanciones establecidas legalmente", que contribuyan "a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes", los reglamentos no podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla. Y de modo específico en el caso de las sanciones en materia de defensa de la competencia el Reglamento aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, simplemente no contiene preceptos aplicables a ellas, sin que tampoco se hayan atribuido a la Comisión Nacional de Competencia potestades reglamentarias en la materia, careciendo de esta naturaleza y de carácter vinculante ad extra sus comunicaciones.

En la versión originaria del artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , (derogada por la hoy vigente) se establecían "multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal". Se fijaba de este modo un límite máximo de la escala o intervalo sancionador, dentro del cual el importe de las sanciones pecuniarias debía ser concretado atendiendo a la importancia de la infracción según los factores precisados en el apartado 2 del precepto.

Dado que los criterios de graduación venían referidos en la Ley 16/1989 a una escala que tenía como límite superior aquella cantidad y porcentaje, esta Sala del Tribunal Supremo pudo rechazar el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad que se nos había solicitado respecto del artículo 10 de la Ley 16/1989 y sentar la doctrina que figura en las sentencias de 8 de marzo de 2002 (recurso de casación número ), 6 de marzo de 2003 (recurso de casación número 9710/1997 ) y ulteriores, doctrina, por cierto, corroborada por la sentencia constitucional 175/2012, de 15 de octubre de 2012, recaída en el recurso de amparo interpuesto frente a una de aquéllas (la de 3 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación número 3073/2006). No es correcto aducir las referidas sentencias como si de ellas se pudiese validar la tesis favorable al carácter de "umbral de nivelación" del porcentaje del diez por ciento.

OCTAVO.- Debemos afrontar a continuación las cuestiones que se suscitan en el recurso sobre la interpretación del mismo precepto ( artículo 63.1 de la Ley 15/2007 ) en cuanto contiene la expresión "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Sobre dicha base o volumen se aplican, ya ha quedado expuesto, los porcentajes del uno, el cinco o el diez por ciento para fijar el límite superior de la escala sancionadora según la levedad, gravedad o mayor gravedad de las infracciones, respectivamente. Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora.

La Sala de instancia se plantea el problema interpretativo de "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". Y, atendidos los criterios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y "ámbito de vulneración", concluye 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".

Aun reconociendo que la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable, nuestra interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 está más en la línea del voto discrepante, que hace suya el Abogado del Estado como base de esta segunda parte del recurso de casación. Ello determinará su estimación, limitada a este punto, y la subsiguiente revocación de la sentencia con ese mismo alcance.



Comenzaremos por subrayar que en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar -salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad- los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio Legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de "totalidad".

La utilización de una magnitud como el "volumen de negocios" para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si se aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción).

El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. A la "situación económica del culpable" se refieren asimismo los artículos 50 y 52 del Código Penal a los efectos de la imposición de las multas. Y en cuanto factor de cálculo es también utilizado en otros sectores del derecho administrativo sancionador, como es el caso de ciertas infracciones tributarias (aun cuando atemperado por unos topes máximos adicionales, por ejemplo en el artículo 203 de la Ley General Tributaria que sanciona determinados comportamientos de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria con "multa pecuniaria proporcional de hasta el dos por ciento de la cifra de negocios del sujeto infractor en el año natural anterior a aquél en que se produjo la infracción, con un mínimo de 10.000 euros y un máximo de 400.000 euros").

Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. De hecho, en algún precedente significativo el propio legislador cambió la norma sectorial sancionadora para pasar, intencionadamente, de uno a otro: el artículo 82.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) fijaba como importe de la sanción pecuniaria para las infracciones muy graves "el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio". Dicho artículo fue derogado por la nueva Ley 32/2003 cuyo artículo 56.1.a) precisamente modificó el cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, cifra sobre la que se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción, atendiendo desde entonces a los ingresos obtenidos por la entidad infractora tan sólo "en la rama de actividad afectada".

La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.

Se han puesto de relieve en ocasiones ciertas consecuencias "disfuncionales" de esta opción legislativa como serían, entre otras, el suponer un incentivo para la creación artificial de sociedades independientes, limitadas a un único ámbito de actividad, a fin de minimizar el riesgo de sanciones muy elevadas, o, desde la otra perspectiva, un obstáculo indirecto a la creación de grandes conglomerados empresariales que incluyan actividades diversificadas. Pero ni esta objeción ni otras similares que atienden más bien a razones de oportunidad o conveniencia, o a su incidencia en las decisiones de los agentes económicos, bastan para negar la validez de



la opción del legislador, cuya expresión en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 estimamos ha de ser interpretada en el sentido que acabamos de exponer.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.

NOVENO.- Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007. Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la competencia, por un lado, con las derivadas -y también insoslayables- del principio de proporcionalidad, por otro. Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.

A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE, es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados por las autoridades nacionales de los Estados miembros. Pero tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas -en el ámbito del derecho de la competencia que, pese a algunas posturas reduccionistas, no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento sancionador- han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas. Si, además de esta ecuación, el legislador considera oportuno incrementar el "efecto disuasorio" a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales.

Esta Sala ha declarado (por todas, véanse las sentencias de 6 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005, recursos de casación 9710/1997 y 4777/2002, respectivamente) que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos se encuentra el de que "[...] la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989 [tampoco explícitamente en la Ley 15/2007], puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora ( artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992".

Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no



sólo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada, a los términos de la ecuación "beneficio esperado" menor al "coste de la sanción", añada, decimos, el factor de la probabilidad en la detección de las conductas infractoras. En todo caso, con o sin este último factor, corresponde a la ley -y no a quien la ejecuta o la interpreta- establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico. Ello justifica que determinadas leyes prevean que el castigo pecuniario a las infracciones en ellas contempladas, cuando la sanción deba calcularse en función de los beneficios obtenidos con la conducta, se concrete en multas que oscilan desde el monto del beneficio al duplo, el triple u otros múltiplos de aquél.

No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea>>.

**SEXTO.-** Las consideraciones expuestas en el apartado anterior -que reproducen las dictadas en nuestra sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013)- llevan a concluir que procede estimar el motivo de casación cuarto que formula la representación de Arcebansa, S.A., S.A., por no ser ajustados a derecho los criterios de cuantificación de la multa aplicados por la Comisión Nacional de la Competencia y confirmados en la sentencia recurrida.

La estimación del recurso en ese punto conduce a que debamos resolver lo que corresponda dentro de los límites en que apareciera planteado el debate ( artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción ).

Pues bien, debemos anular la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la multa, al haber sido fijado a partir de un método de cálculo no conforme a derecho, dejando subsistente la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia en todo lo demás.

Y una vez anulada la sanción, procede ordenar a la Comisión Nacional de la Competencia -ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia- que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, en el bien entendido de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, que hemos ofrecido en esta sentencia, siendo límite máximo del importe de la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa en el año 2010 (ejercicio inmediatamente anterior al de la fecha de la resolución), y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de la multa (1.032.455 euros) que ahora se anula.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo dispuestos en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

## FALLAMOS

1.- Ha lugar al recurso de casación nº 836/2013 interpuesto en representación de ARCEBANSA, S.A., contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de





octubre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 639/2011 ), que ahora queda anulada y sin efecto en lo que se refiere a la cuantía de la multa fijada en la resolución administrativa enjuiciada.

**2.-** Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de ARCEBANSA, S.A., contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente S/0226/10, licitaciones de carreteras), anulando la multa que allí se impone a ARCEBANSA, S.A. por importe de 1.032.455 euros, ordenándose a la Comisión Nacional de la Competencia -ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia- que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, con la indicación de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 que hemos hecho en esta sentencia, siendo límite máximo del importe de la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa en el año 2010; y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de la multa que ahora se anula.

**3.-** No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech  
**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL