



Roj: **SAN 3483/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3483**

Id Cendoj: **28079230062014100451**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **01/07/2014**

Nº de Recurso: **197/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3483/2014,**
STS 4965/2015

SENTENCIA

Madrid, a uno de julio de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número 197/2013 se tramita a instancia de la entidad **SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. (SENIOR) Y GRUPO JESPAB, S.A (JESPAB)** entidades representadas por la Procuradora D^a. Victoria Pérez-Mulet Díez-Picazo, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 8 de marzo de 2013, sobre **Defensa de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. Siendo la cuantía del presente recurso **4.399.910 euros**.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 10 de mayo de 2013, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA SALA, que tenga por presentado este **escrito de demanda** con sus copias y los documentos que se acompañan y, previos los trámites legalmente prescritos, dicte sentencia por la que:

1. *Declare la nulidad de la resolución impugnada, por, haber caducado el plazo máximo para dictar y notificar la resolución previsto en la Ley de Defensa de la Competencia;*

2. *Subsidiariamente, declare no conforme a Derecho la resolución impugnada y, en consecuencia, la anule; y en atención a los fundamentos de la presente demanda, se calcule la multa, en su caso, con los criterios establecidos por esa Sala.*

3. *Imponga las costas del procedimiento a la Administración demandada."*

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte sentencia desestimatoria, con expresa condena en costas a la recurrente."*



3. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se presentaron escritos de conclusiones, quedando los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente, mediante providencia de fecha 4 de junio de 2014 se señaló para votación y fallo el día 17 de junio de 2014, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con fecha 8 de marzo de 2013, en el expediente sancionador S/0329/11, "ASFALTOS DE CANTABRIA", incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por posibles prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia.

La CNC en esta Resolución declara que once empresas son responsables de un infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en "la coordinación de sus comportamientos competitivos para repartirse durante un largo período de tiempo, desde 1998 hasta 2011, la realización de obras de asfaltado de obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, tanto públicas como privadas, en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Cantabria".

La parte dispositiva de la Resolución establece lo siguiente:

" PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC, desde 1998 a 2011, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho QUINTO.

SEGUNDO .- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de derecho SEXTO, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas: Aglomerados de Cantabria, S.A. (ACANSA); EMILIO BOLADO, S.L.; ARRUTI SANTANDER, S.A.; ASCAN Empresa Constructora y de Gestión, S.A.; ASFIN Cantabria, S.L.; **Servicios y Obras del Norte, S.A. (SEÑOR)**; CUEVAS Gestión de Obras, S.L.; CONSTRUBOC 2002, S.L. (CONSTRUBOC); INFRAESTRUCTURAS DEL NORTE, S.L. (INOR); HNOS. TORRES ROIZ, S.L. (HTR); SIECSA, Construcción y Servicios, S.A. (SIEC); y a las matrices EMILIO BOLADO e HIJOS, S.L.; GRUPO SADISA, S.L.; **GRUPO JESPAB, S.A.**, y GRUPO SIECSA, S.L.

TERCERO. - Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas:

ACANSA, 307.728€ (trescientos siete mil setecientos veintiocho Euros) de la que es responsable solidaria su matriz EMILIO BOLADO E HIJOS, S.L.

EMILIO BOLADO, S.L., 2.563.920 Euros (dos millones quinientos sesenta y tres mil novecientos veinte Euros), de la que es responsable solidaria su matriz EMILIO BOLADO E HIJOS, S.L.

ARRUTI SANTANDER, S.A., 1.459.160 Euros (un millón cuatrocientos cincuenta y nueve mil ciento sesenta Euros).

ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A., 2.292.240 (dos millones doscientas noventa y dos mil doscientos cuarenta euros) de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO EMPRESARIAL SADISA, S.L.

ASFIN CANTABRIA, S.L., 595.600 Euros (quinientos noventa y cinco mil seiscientos Euros).

SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A., 4.399.910€. (Cuatro millones trescientos noventa y nueve mil novecientos diez Euros), de la que es responsable solidaria su matriz **GRUPO JESPAB, S.A.**

CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L., 335.030 Euros (trescientos treinta y cinco mil treinta Euros).

EMPRESA CONSTRUCTORA DE INFRAESTRUCTURAS DEL NORTE, S.L., (INOR) la cantidad de 86.080 Euros (ochenta y seis mil ochenta Euros).

CONSTRUBOC 2002, S.L., 129.050€ (ciento veintinueve mil cincuenta Euros).

HERMANOS TORRES ROIZ, S.L., la cantidad de 93.460 Euros (noventa y tres mil cuatrocientos sesenta Euros).

SIEC CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A., 3.827.310 Euros (tres millones ochocientos veintisiete mil trescientos diez euros) de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO SIECSA, S.L. por un importe de hasta 3.516.000 Euros (tres millones quinientos dieciséis mil Euros).

CUARTO- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a las interesadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en Vía Administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación."

SEÑOR pertenece al Grupo JESPAB, S.A. de la que es el principal accionista con el 100% de su capital.

La CNC impone a cada una de las empresas una multa que, por lo que se refiere a las recurrentes, SEÑOR y GRUPO JESPAB, asciende a 4.399.910 €, de la que es responsable solidaria la matriz.

2. En la resolución impugnada en la que se declaran responsables de la práctica anticompetitiva, entre otras empresas, a las hoy actoras se contiene la siguiente relación de

"HECHOS PROBADOS

quot;

De la información que obra en el expediente y tal como se verá a continuación en los Hechos Acreditados que se exponen, se ha constatado la existencia de un grupo de empresas que se denomina a sí mismas G5, porque tienen un número de identificación del 1 al 5, y que está formado por ARRUTI, ASCAN, ASFIN, EMILIO BOLADO y ACANSA, y SEÑOR que se ponen de acuerdo para acudir a las ofertas para ejecutar una serie de obras en Cantabria, tanto obras públicas como privadas.

Estas empresas, junto con otras de la zona acuden además a los concursos públicos para la realización de obra pública, acompañándose mutuamente en la presentación de ofertas para los contratos públicos de los denominados negociados o menores en la Comunidad Autónoma de Cantabria, (ver mapa en ANEXO I al Informe y Propuesta de Resolución).

A continuación se recogen los hechos acreditados en el expediente, presentándose por una cuestión de sistematización, en primer lugar las evidencias sobre los acuerdos entre los miembros del G5 y posteriormente las relacionadas con los acuerdos para acompañamiento en las licitaciones de los contratos públicos negociados o menores.

Reuniones del G5

11 . De acuerdo con la información aportada por el denunciante que, como se irá señalando, es coincidente con la documentación incautada en las inspecciones, los números por los que se conocía a cada una de las empresas del G5 eran los siguientes:

ARRUTI (1)

ASCAN (2)

ASFIN (3)

EMILIO BOLADO y ACANSA (4), y

SEÑOR (5)

12 . También según la información aportada junto con la denuncia, en una fecha indeterminada del año 2006, las empresas del G5 establecieron una clave de reparto entre ellas de las obras, cuota que utilizaban en los ajustes posteriores sobre obra o proyecto asignado. Según la información aportada al menos durante el año 2009, se aplicaron las siguientes cuotas tal como consta en los cuadros resumen (folios 42, 63, 85, 109, 131, 154 y 175):

ARRUTI € 18,80%

ASCAN € 22,80%

ASFIN € 16,80%

EMILIO BOLADO + ACANSA € 22,80%

SEÑOR € 18,80%

13. A continuación se recoge una relación de las reuniones del G5 a las que se remiten los documentos que constan en el expediente y los hechos más relevantes de las mismas, en relación con los repartos de obras referidas a licitaciones públicas, así como a clientes privados y a las ventas de asfalto en planta. También se recogen los documentos que con carácter previo a la celebración de las reuniones preparaban cada una de las empresas. Como se aprecia en los folios referenciados, cada uno de estos documentos era identificado



por las empresas con el código numérico correspondiente (del 1 al 5, identificativo del número asignado a la empresa), y la fecha de celebración de la reunión.

A las reuniones acudía personal directivo (ver Anexo I al PCH) de las empresas, normalmente relacionado con las licitaciones públicas. El denunciante ha aportado documentación de la que se deduce que hubo una primera reunión a alto nivel que no puede fechar, en la que se gestó el reparto de mercado (folio 202).

14. La DI recoge en los HP la celebración de las siguientes 30 reuniones del cártel del G5 desde 2006 hasta 2010, que constan acreditadas en la documentación recabada en las inspecciones realizadas el 6 de abril de 2011 y ratificadas en los documentos electrónicos formato EXCEL obtenidos en la inspección de EMILIO BOLADO (folios 2659. 1 a 10). En esta relación de reuniones de cada año aparece explícitamente identificado el origen de la información y el número de folio, lo que permitirá posteriormente cuando se describa la documentación de cada reunión

... Por tanto, como se ha visto en la exposición de los hechos anteriores, existe en el expediente documentación procedente de distintas fuentes (aportada por el denunciante, documentos incautados en las inspecciones realizadas en BOLADO, SENOR y ARRUTI como agendas, documentos internos de las empresas, correos, cartas etc.) que o bien son totalmente coincidentes entre sí por tratarse del mismo documento, o bien siendo de distintas fechas u origen tienen el mismo formato, letra etc., lo que ratifica la homogeneidad de la prueba; o finalmente existe una coincidencia tal en el contenido de documentos distintos entre sí que corroboran mutuamente la información, por ejemplo respecto a las ofertas realizadas y a las adjudicaciones, que corroboran las cifras de reparto de los documentos de las reuniones.

43. El control del cumplimiento de los acuerdos del G5 y el seguimiento del mismo se establecía mediante el intercambio de información, realizado tanto en las reuniones como en los contactos posteriores a las mismas, en el que las empresas ponían sobre la mesa la totalidad de obras a las que podrían ofertar y que permitía la elaboración de tablas muy sofisticadas. Estas tablas han sido aportadas por el denunciante (Documentación aportada junto a la denuncia (folios 28 a 42, 48 a 63, 70 a 85, 94 a 109, 116 a 131, 139 a 154 y 160 a 175) coherente con la incautada en las inspecciones realizadas.

44. Para llevar a cabo el control se elaboraban distintos tipos de tablas. Por un lado, las tablas que reflejaban las obras que todavía no habían sido ejecutadas por los miembros del cártel, denominadas "obras en cartera" y que daban lugar a cuatro tipos distintos de tablas en función de las toneladas de asfalto asignadas a cada obra ("*cartera<150 T.E.*", "*cartera>150<1500 T.E.*", "*cartera>1500<12000 T.E.*" y "*cartera definitiva>12000 T.E.*") y por otro las obras ya ejecutadas, que pasaban a formar parte igualmente de las tablas correspondientes ("*obras ejecutadas<150 T.E.*", "*obras ejecutadas >150<1500 T.E.*", "*obras ejecutadas >1500<12000 T.E.*" y "*obras ejecutadas >12000 T.E.*"). Por razones de espacio, se reproduce a continuación parte de una de estas tablas:

45. Como se observa en la tabla que se ha reproducido parcialmente, la información intercambiada tanto en las reuniones del G5 como en el resto de comunicaciones entre las empresas, se recopilaba para la elaboración de un listado de obras, todas ellas numeradas y colocadas bajo el código que correspondía a cada empresa (del N°1 al N°5), indicando las toneladas correspondientes a cada una o cualquier otra observación que se considerase oportuna. Al final de cada una de estas tablas, se totalizaban las toneladas adjudicadas a cada empresa, así como las toneladas correspondientes a las obras que, a pesar de haber sido adjudicadas, no habían sido todavía ejecutadas.

46. Estas tablas tenían como objetivo poder elaborar un cuadro resumen en el que, al sumar las toneladas adjudicadas a cada empresa en las obras de reparto y las toneladas vendidas a clientes directamente en planta, se calculaban las toneladas de asfalto suministradas por cada empresa respecto al total fabricado por las empresas partícipes del acuerdo. Este cuadro se elaboraba para cada reunión, pudiendo así calcular el desfase respecto al porcentaje que, por el acuerdo, tenían adjudicado cada una. Estas tablas resumen fueron aportadas por el denunciante anónimo y tenían la siguiente estructura:

47. Las tablas incluían además una serie de leyendas con distintos colores que facilitaban el seguimiento de los posibles cambios que en ocasiones se producían en algunas obras del acuerdo, de la siguiente manera (folio 30):

"NOTAS:

1.- *La contabilización como "0" significa "OBRA ADJUDICADA QUE SE RETIRA Y QUEDA PARA REPARTIR EN FUTURAS OFERTAS".*

2.- *Las obras con fondo malva son de cuantía desconocida (contabilización en blanco) o pendiente de ajustar. Deben regularizarse lo antes posible.*



- 3.- *Las obras que aparecen tachadas son obras que han sido ejecutadas fuera de la mesa o desestimada su ejecución y, por tanto, quedan totalmente anuladas.*
- 4.- *Las obras con fondo azul son obras ejecutadas y que han pasado, por tanto, a la lista correspondiente.*
- 5.- *Las obras con fondo canela han sido intercambiadas o cedidas a otra empresa de la mesa.*
- 6.- *Las obras con fondo verde son obras >150 y <1500 TE que pasan a la tabla correspondiente.*
- 7.- *Las obras con letra roja son de F.R."*

48. Finalmente, la compensación entre unos y otros respecto a las obras a realizar para alcanzar la cuota establecida cuando una empresa había realizado más o menos obras en función de las toneladas asignadas, era sencilla una vez que se tenían los cuadros de control, y se realizaba normalmente en las siguientes reuniones, de manera que a las empresas que no habían podido realizar una determinada obra en un momento determinado, ya fuera porque la había realizado otro miembro del cártel o porque la había realizado alguien ajeno al mismo, se le adjudicaban otras obras en la siguiente reunión.

49. El intercambio de información entre las empresas del G5 no se limitaba únicamente a los datos sobre las obras que se repartían entre ellas sino que se extendía a información relacionada con impagos a las 5 empresas así como otro tipo de valoraciones. Junto a la información del reparto de obras de la reunión de 18 febrero de 2009, consta un listado de 58 empresas con deudas frente a las empresas de la mesa, concretando con cuál de las 5 empresas había adquirido dicha deuda. Se reproduce a continuación parte de la tabla

Acreditación de los acuerdos de ofertas de acompañamiento

50. Dada la numerosa documentación que consta incorporada en el expediente relacionada con las solicitudes y emisiones de acompañamientos, a continuación se hace referencia a las evidencias más significativas en relación a estas prácticas. La totalidad de las obras conocidas por la DI en la investigación y para las cuales las empresas incoadas solicitaron o emitieron ofertas de acompañamiento, constan en el Anexo II al PCH. Asimismo y como Anexo II de la PR se ha incorporado la misma lista de obras, en este caso con la información del adjudicatario final. Este último listado en el que se referencian obra a obra los folios del expediente en que consta la acreditación, se incluye como Anexo II de esta Resolución.

51. Existen, incorporados al expediente, distintos tipos de evidencias que acreditan tanto las peticiones de ofertas de acompañamiento como la realización de las mismas entre el año 1998 y abril de 2011 que acreditan la participación en los citados acuerdos de las empresas, ARRUTI, ASCAN, ASFIN, CUEVAS, EMILIO BOLADO y ACANSA, CONSTRUBOC, INOR, HTR, SENOR y SIEC: i. Tablas resumen elaboradas por las empresas, que reúnen las licitaciones a las que se presentaron en distintos años y en las que se indica si la licitación se realizó como acompañamiento de alguna empresa o si se solicitó acompañamiento a otras empresas.

ii. Plantillas o Modelos en blanco elaborados por las empresas con el fin de realizar la petición de acompañamientos y ofertas para acompañamiento de las empresas competidoras en los que la empresa acompañante únicamente rellena sus datos.

iii. Comunicaciones entre las empresas, tanto por fax como por correo electrónico, adjuntando con carácter general toda la información necesaria para la elaboración de la correspondiente oferta e incluso la propia oferta elaborada en forma de plantilla, a falta de incluir el sello de la empresa acompañante y la firma de su responsable.

52. Tal como se recoge más arriba, la totalidad de las obras de las que la DI ha tenido conocimiento y para las cuales las empresas incoadas solicitaron o emitieron ofertas de acompañamiento constan en el Anexo II al Pliego de Concreción de Hechos, donde se indica el nombre de la obra licitada, el organismo convocante y la fecha de la licitación, las empresas que realizaron la oferta a la Administración (acompañantes y acompañada) y los folios del expediente en los que constan las referencias a cada una de las obras y que prueban la participación de las empresas en el cártel. La lista de las obras, con la información del adjudicatario, consta como Anexo II de esta Resolución

53. Teniendo en cuenta lo indicado, a continuación se hará referencia únicamente a las evidencias más significativas incorporadas al expediente que prueban junto con el resto de evidencias, la existencia de los acuerdos entre las empresas investigadas. Ha de indicarse que se trata únicamente de pruebas seleccionadas que pretenden ser un ejemplo de las muchas pruebas incorporadas al expediente y, en ningún caso deben considerarse como las únicas que obran en el expediente, relacionadas con las empresas en cuestión. Los Anexos I y II que acompañan a esta Resolución así como el Anexo II al PCH más arriba mencionado, con los licitantes a las Obras de Acompañamiento, forman parte indisoluble de los Hechos probados y como tal deben ser tenidos en cuenta.

**a. Tablas en formato electrónico recabadas en las sedes de SENOR y de EMILIO BOLADO (Folio 2580 1 a 22)**

54 . Durante las inspecciones llevadas a cabo por la DI en las sedes de SENOR y EMILIO BOLADO el 6 de abril de 2011 se recabaron tablas en formato electrónico en las que las empresas detallaban las obras a las que habían presentado ofertas para su realización, con información relativa a los acuerdos con otras empresas competidoras .

55. En el caso de la documentación recabada en la inspección realizada en la sede de SENOR, se han incorporado tablas que reúnen información de las licitaciones a las que acudió desde el año 2001 al año 2010. (folios 2580.6 a 2580.13, 2580.20 y 2580.21). En dichas tablas se indicaba la fecha de publicación de la oferta en el boletín correspondiente, en su caso, el tipo de procedimiento de licitación, el organismo convocante, la fecha límite de presentación de las ofertas, así como el presupuesto de licitación, la oferta presentada por SENOR acompañada de la baja que ésta suponía sobre el presupuesto de licitación y, en ocasiones, la empresa adjudicataria de la obra junto con la oferta presentada por ésta. Por razones de espacio, y a modo de ejemplo, se reproduce a continuación parte de la información contenida en una de estas tablas correspondiente al año 2009 (folio 2580.21):

56. La información contenida en las mencionadas tablas recabada en la sede de SENOR acredita los acuerdos para licitar a los que llegó esta empresa entre 2001 y 2011 con ARRUTI, ASCAN, ASFIN, EMILIO BOLADO y ACANSA, CONSTRUBOC, INOR, HTR y SIEC; tanto los acuerdos alcanzados para que SENOR fuera el adjudicatario de la obra, como aquellos en los que participaba SENOR a petición de otra empresa, la cual sería la adjudicataria de la obra.

57. Así, la indicación "CON ACP" que acompañaba a algunas de las obras de las tablas hace referencia a que, en esos casos, era SENOR la empresa que solicitaba ofertas de acompañamiento y finalmente resultaba adjudicataria de las mismas. En cuanto a las obras que aparecen en los distintos cuadros acompañadas de la expresión "ACP empresa", son aquellas para las que la empresa indicada solicitaba oferta de acompañamiento, resultando la empresa adjudicataria de la obra, participando al menos SENOR como empresa acompañante, tal como ratifica la documentación incorporada al expediente.

58. Tablas muy similares fueron recabadas en la sede de EMILIO BOLADO, correspondientes a licitaciones a las que había acudido esta empresa entre 2007 y 2011 (folios 2659 1 a 10), en éstas no sólo se hace referencia a las empresas que licitan en cada una de las obras a las que denomina acompañantes, sino que se indica si se trata o no de obras de "acuerdos", documentación electrónica recabada en la inspección de EMILIO BOLADO (folios 2659.6 a 2659.10), entendiéndose como tales a las obras cuya adjudicación había sido acordada previamente en el G5.

59. Por razones de espacio, se reproduce a continuación parte de la información contenida en una de estas tablas correspondiente al año 2007 (folio 2659.6, pestaña "NEGOCIADOS Y MENORES"):

60. Algunas de las obras a las que acudió la empresa EMILIO BOLADO entre 2007 y 2011, y que se encuentran incluidas en las tablas recabadas en la inspección realizada en la sede de la empresa, se corresponden con licitaciones que también se encuentran en las tablas recabadas en la inspección de SENOR con la indicación "ACP BOLADO", dando a entender lo que supone que EMILIO BOLADO solicitó en estos casos la presentación de ofertas de acompañamiento.

61. La información que obra en las tablas citadas, acredita los acuerdos a los que llegó EMILIO BOLADO y ACANSA con SENOR, ARRUTI, ASCAN, ASFIN, CUEVAS, CONSTRUBOC, INOR y SIEC entre los años 2007 y 2011, para obtener la adjudicación de las obras públicas, ya sea para la propia empresa o para los competidores.

b. Modelos para la solicitud y elaboración de ofertas económicas de acompañamiento

62 . Además de las tablas indicadas en el punto anterior, en la inspección realizada en la empresa SENOR se recabaron todo tipo de ofertas económicas para ofertar obras a la Administración, elaboradas tanto por SENOR como por sus competidores que evidencian los acuerdos para repartirse las obras de la Administración (tanto licitadas como adjudicadas directamente) .

63. Constan en el expediente, fundamentalmente procedentes de la inspección efectuada en la sede de SENOR, plantillas empleadas por SENOR para solicitar acompañamiento a alguna de las empresas investigadas, donde figuran los datos de la obra en cuestión, la oferta económica y el nombre del responsable de la empresa acompañante a falta de su firma y de la inclusión del sello de la empresa. En concreto, las plantillas para la elaboración de las ofertas de acompañamiento a SENOR que constan en el expediente (folios 2313 a 2443) hacen referencia a las siguientes empresas:

a) Peticiones de acompañamiento a HTR, desde el año 2001 a 2011. (folios 2313 a 2367).



- b) Peticiones de acompañamiento a INOR, del año 2004. (folios 2368 a 2370).
- c) Peticiones de acompañamiento a SIEC, desde el año 1998 al año 2011. (folios 2371, 2374 a 2443 y 2580.22).
64. Por otro lado constan en el expediente, en los folios recabados en la inspección de SENOR, las ofertas económicas emitidas por SENOR a petición de las siguientes empresas competidoras:
- a) Emisiones de ofertas de acompañamiento para HTR desde el año 2004 a 2006. (Documentación recabada en la inspección llevada a cabo en la sede de SENOR el 6 de abril de 2011 (folios 2305 a 2312).
- b) Emisiones de ofertas de acompañamiento para ARRUTI de los años 2004 y 2007. (Documentación recabada en la inspección llevada a cabo en la sede de SENOR el 6 de abril de 2011 (folio 2471 y 2472).
- c) Emisiones de ofertas de acompañamiento para CONSTRUBOC del año 2005. (Documentación recabada en la inspección llevada a cabo en la sede de SENOR el 6 de abril de 2011 (folio 2473). **c. Comunicaciones entre los miembros del cártel**

65 . Al margen de las tablas y de la documentación que acompaña a las ofertas de la Administración a que se ha hecho referencia, constan incorporadas al expediente numerosas comunicaciones entre las empresas investigadas tanto por correo electrónico, como por fax o incluso anotaciones de llamadas telefónicas, con el fin de solicitar y remitir la información necesaria para el reparto de las obras, recabada en las inspecciones realizadas en SENOR (folios 351 a 511, 524 a 549, 552 a 742, 861 a 876 y 2210 a 2304) y en EMILIO BOLADO (folios 2615 a 2648). La totalidad de las obras a las que se refieren estas comunicaciones se encuentran incorporadas, como ya se ha mencionado anteriormente, al Anexo II al Pliego, por lo que se hará mención únicamente a alguna prueba de manera que ilustre parte de estos intercambios.

3. En la demanda se alegan los siguientes motivos de recurso:

- En relación al procedimiento, la caducidad.
- Anulabilidad por mecánica cuantificación de la multa impuesta.
- Infracción única y continuada; aplicación del artículo 1 LDC ; principio de confianza legítima.

El Abogado del Estado rebate la primera de las alegaciones de la parte actora, negando la existencia de caducidad a la vista de los plazos y de las suspensiones que tuvieron lugar en el procedimiento; rebate también la segunda de las alegaciones sobre la base del control legal de las filiales que realizaron la infracción con cita de jurisprudencia tanto nacional como comunitaria manifiesta su desacuerdo con el criterio de esta Sala sobre la aplicación del límite del 10% sobre el volumen del mercado afectado; y, por último, sostiene que existe una infracción única y continuada y descarta la aplicación del principio de confianza legítima alegado de contrario.

4 . Previamente a la consideración de las concretas alegaciones contenidas en la demanda, dejemos constancia de que la Sala ha tenido ya ocasión de examinar varios de los recursos interpuestos por algunas de las empresas participantes en el acuerdo colusorio en cuestión y se ha llegado a la conclusión de que ha quedado acreditado en el expediente la comisión de la infracción por parte de las empresas que se denominan a sí mismas G-5, que se pusieron de acuerdo para acudir a las ofertas para ejecutar una serie de obras en Cantabria, tanto obras públicas como privadas, acompañándose, junto con otras de la zona mutuamente en la presentación de ofertas para los contratos públicos de los denominados negociados o menores en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Hemos contrastado, pues, las evidencias que derivan del expediente tanto sobre los acuerdos entre los miembros del G-5 como las relacionados con los acuerdos para acompañamiento en las licitaciones de los contratos públicos negociados o menores y hemos entendido que las actuaciones anteriores son prácticas concertadas constitutivas de cártel, cuya dinámica resulta acreditada por los elementos de prueba que se detallan en la resolución impugnada (tablas resumen elaboradas por las empresas, plantillas o modelos en blanco elaborados por las empresas con el fin de realizar la petición de acompañamientos y ofertas, comunicaciones entre las mismas...). A todo el acervo probatorio de tipo documental que se describe en la propia resolución se añade todo el aportado con la denuncia inicial, amén de las confesiones de algunas de las empresas participantes en el cártel.

5. En primer motivo de recurso se refiere a la caducidad del procedimiento pues, según la actora, desde la fecha del acuerdo de incoación, el 21 de junio de 2011, hasta que se notificó la resolución, la CNC se excedió en cuatro días en el plazo de notificación de la misma.

Pues bien, del expediente administrativo resulta:

- El 29 de noviembre de 2010 tuvo entrada en la CNC una denuncia anónima en la que se señalaba la existencia de un cártel en la Comunidad Autónoma de Cantabria organizado a través de la creación de una mesa de



reparto de asfaltos por las siguientes empresas dedicadas a la fabricación y venta de asfalto, además de a su extendido en obra: *ARRUTI SANTANDER, S.A. (en adelante, ARRUTI)*, *ASCAN Empresa Constructora y de Gestión, S.A. (en adelante, ASCAN)*, *EMILIO BOLADO, S.L. (en adelante, EMILIO BOLADO)*, *Servicios y Obras del Norte, S.A. (en adelante, SENOR)* y *Asfin Cantabria, S.L. (en adelante, ASFIN)*. En la citada denuncia anónima se señalaba además a una sexta empresa, *Fernández Rosillo y Cía., S.L. (en adelante, FDEZ. ROSILLO)*, respecto a la cual se indicaba que había manifestado su intención de no participar en los acuerdos denunciados (folios 1 a 239).

- Conforme a lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Investigación (en adelante DI) realizó una información reservada con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

- De acuerdo con el artículo 40 de la LDC, el 6 de abril de 2011 la CNC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de las empresas ARRUTI, EMILIO BOLADO y SENOR.

- El 22 de junio de 2011 sobre la base de la información reservada realizada, la DI observó indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación del expediente sancionador S/0329/11 por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y en el artículo 1 de la LDC contra ARRUTI, ASCAN, ASFIN, EMILIO BOLADO, SENOR y AGLOMERADOS CANTABRIA, S.A. (en adelante, ACANSA), siendo notificado a las empresas incoadas ese mismo día (folios 2094 a 2116).

- Con esa misma fecha y una vez analizada la documentación en formato papel recabada en las inspecciones, la DI notificó a los representantes legales de EMILIO BOLADO, SENOR y ARRUTI el acuerdo por el que se disponía la incorporación al expediente de la documentación en formato papel seleccionada, dando un plazo de diez días para que las citadas empresas solicitaran, en su caso, el carácter confidencial de aquellos documentos que consideraran oportunos y aportaran la correspondiente versión censurada de los mismos en formato papel para su incorporación al expediente (folios 2117 a 2133).

- El 20 de febrero de 2012, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 del RDC, la DI acordó la ampliación del acuerdo de incoación del expediente de referencia a SIECSA, Construcción y Servicios, S.A. (SIEC); INFRAESTRUCTURAS DEL NORTE, S.L. (INOR); HNOS. TORRES ROIZ, S.L. (HTR); CONSTRUBOC 2002, S.L. (CONSTRUBOC) y CUEVAS Gestión de Obras, S.L., al haber tenido conocimiento por información obrante en el expediente de la posible participación de dichas empresas en las prácticas investigadas, acuerdo que fue notificado ese mismo día a todas las entidades incoadas en este expediente sancionador (folios 3125 a 3165).

- Con fecha 27 de abril de 2012 la DI notificó el PCH a las empresas incoadas (folios 3649 a 3769), y de acuerdo con lo previsto el artículo 50.1 de la LDC, se requirió a las empresas que aportaran el volumen total de negocios del año 2011 y el correspondiente al mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares entre los años 2007 a 2011, así como de años anteriores que estuvieran disponibles, así como en su caso el de sus matrices.

- Las empresas respondieron a la solicitud de información sobre volumen de negocios, haciéndolo la actora en escrito de 23 de mayo (folios 4517 a 4528). En fecha 5 de junio de 2012 se amplía el expediente respecto del GRUPO SADISA S.L.

- De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, con fecha 7 de junio de 2012 la DI formuló nuevo PCH, que remitió a todas las partes. Las alegaciones de la actora al PCH tuvieron entrada en la CNC en fecha 19 de junio de 2012 (folios 5092 a 5101).

- Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, el 9 de julio de 2012 la DI acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente, siendo notificado a los interesados en esa misma fecha (folios 5366 a 5382).

- Tras acceder al expediente las que lo solicitaron, las alegaciones a la propuesta de resolución tuvieron entrada en la CNC el 7 de agosto de 2012 las de la recurrente, realizando una solicitud de práctica de pruebas (folios 6276 a 6323).

- El 10 de agosto de 2012 la DI elevó al Consejo el expediente acompañado del Informe y Propuesta de Resolución a que se refiere el artículo 50.4. de la LDC.

- Por acuerdo de 20 de noviembre de 2012 el Consejo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 51.2 de la LDC, aceptó determinadas pruebas propuestas por las partes y ordenó actuaciones complementarias, fijando plazo para su realización, y denegó el resto de pruebas propuestas, como las solicitadas por la recurrente, así como la celebración de vista. Asimismo acordó la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente durante el tiempo en que se sustancian la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias acordadas.



- Finalizada la práctica de pruebas e incorporada al expediente la información correspondiente, con fecha 4 de enero de 2013 se concede a los interesados plazo para valorar el resultado de las mismas, continuando suspendido el plazo para resolver, tras conceder las ampliaciones de plazo solicitadas por las partes, los escritos de valoración de prueba de Cuevas, ARRUTI, HTR, SIEC, ASFIN, ASCAN y su Grupo SADISA y SENOR (folios 7964 a 8032) se reciben en la CNC dentro del plazo reglamentario, levantándose la suspensión del plazo para resolver una vez finalizado el mismo, con efectos de fecha de 26 de enero de 2013 (folio 8033). Con fecha 7 de febrero de 2013 el Consejo solicitó a las partes la información necesaria para la resolución del expediente, suspendiendo el plazo máximo para resolver que fue reiniciado con fecha 21 de febrero de 2013. El Consejo terminó de deliberar y resolvió sobre este expediente en su sesión de 27 de febrero de 2013, dictándose la resolución sancionadora de 8 de marzo de 2.013.

El artículo 37.1 LDC tiene el siguiente tenor literal:

1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

- a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.*
- b) Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.*
- c) Cuando sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países.*
- d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo.*
- e) Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.*
- f) Cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos establecidos en el artículo 51.*
- g) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional en los términos establecidos en el artículo 52"*

Por su parte, el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia establece:

" Artículo 12. Cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión.

1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

- a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y*
- b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;*
- b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;*
- c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;*
- d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ;*
- e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;*
- f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007 , se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados.*

2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo



del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.

3. En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."

El Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec. 1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados, la decisión de interrumpir el plazo máximo para resolverlas (tanto más si es consentida por estos últimos) debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales.

En el procedimiento que regula la Ley 15/2007 está claramente separada la fase de instrucción de la fase de resolución; como ha señalado la propia CNC en algunas de sus resoluciones, del examen conjunto de los artículos 51 pfo.1 de la Ley 15/2007 y el artículo 36 pfo. 1 del Reglamento DC, resulta que en principio no esta contemplada la práctica de pruebas en la fase de resolución, porque este último precepto establece que el Consejo podrá denegar la práctica de pruebas que pudieron haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación y no lo fueron. Igualmente se establece la posibilidad de que en esta fase de resolución, de oficio o a instancias de un interesado, se admita y acuerde la práctica de actuaciones complementarias, y practicadas, que los interesados formulen alegaciones.

Resulta en consecuencia que, a juicio de esta Sala, el periodo por el que se acuerda la suspensión alcanza, en su caso, a la finalización del periodo que se conceda para formular alegaciones a los interesados, cuando, como es el caso, se ha acordado la realización de actuaciones complementarias. Y el hecho de que unos las realicen y otros no, o que cada uno disponga de un periodo (por solicitarse por algunos y concederlo la CNC la ampliación del plazo), no autoriza a considerar que, en el marco de un único expediente, la duración de este deberá computarse individualizadamente, que es al fin y al cabo la tesis que sustenta la actora. Por el contrario, siendo único el expediente, la CNC acuerda la suspensión y esta afecta a todos los expedientados y el levantamiento, que igualmente afecta a todos. Y es conforme a derecho que el levantamiento se acuerde una vez finalizado el periodo para formular alegaciones. Esta conclusión encuentra por otra parte su fundamento en el principio de seguridad jurídica.

Por tanto, aún aceptado que el plazo inicialmente considerado finalizaría el día 22 de diciembre de 2011, lo cierto es que sumados los periodos de suspensión y teniendo en cuenta que las alegaciones presentadas el 24 de enero de 2013 lo fueron efectivamente ante la Oficina de Correos, continuando suspendido el plazo máximo para resolver que fue reiniciado con fecha 21 de febrero de 2013, hemos de concluir que la caducidad no se ha producido y, por consiguiente, desestimado debe quedar este primer motivo de recurso.

6. La actora alega a continuación la aplicación del criterio ya reiterado por esta misma Sala y Sección en relación al cálculo del límite del 10% sobre el volumen de negocios, al que luego nos referiremos, pero entiende que el volumen de negocios a tener en cuenta ha de ser de las filiales, obviamente menor que el de la matriz; y ello porque entiende que JESPAB no es empresa infractora, dado que la infracción se imputa a SENOR.

Pero tampoco este motivo puede prosperar. En efecto, en la Resolución impugnada se da ya cumplida respuesta a dicha alegación con apoyo en la jurisprudencia comunitaria sobre la unidad económica que permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz aunque no haya participado directamente en el acuerdo, añadiendo que en los cuatro supuestos de matrices de este caso, ha quedado acreditado que las mismas tienen el control legal de las filiales que realización la infracción y, por lo tanto, resulta aplicable la presunción *irus tantum* del ejercicio del control o de influencia decisiva sobre la política comercial y sobre la actividad de la filial, presunción que en ningún caso ha sido desvirtuada por la parte actora, más allá de asegurar que existe separación económica.

Así lo hemos entendido, en efecto, en la sentencia de 11 de febrero de 2013 que se cita en la resolución impugnada y, más recientemente y precisamente en relación con este mismo caso, en línea con la doctrina expresada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida en las sentencias de 19 de julio de 2012 y 11 de febrero de 2013, en la sentencia dictada en el recurso nº 198/2013 seguido a instancia de otra de las empresas constructoras sancionada.

7. Igualmente la Sala ha apreciado la existencia de una infracción única y continuada con ocasión del análisis de la participación de otras de las empresas sancionadas, y particularmente de las pertenecientes al denominado G-5, rechazando la propuesta de algunas empresas que han venido calificando las prácticas



de acompañamiento como contratos bilaterales adoptados *ad hoc* entre acompañado y acompañante que no restringirían la competencia, ni por su objeto ni por sus efectos y, por tanto, no puede compararse con un cártel negando que tengan el carácter de complementariedad con el G-5.

En definitiva hemos entendido correcto el análisis sobre la competencia en el mercado analizado de las licitaciones de obras de conservación, mejora, rehabilitación de firmes de calles, carreteras, vías, etc., ha sido correctamente tratado en la Resolución impugnada cuando, frente a lo alegado por la actora, se ha considerado que ambas conductas tienen la misma finalidad, que es distorsionar la competencia en dicho mercado, consiguiendo mantener unos precios más elevados que los competitivos, en particular en el ámbito del sector público, con menor capacidad de ajustar precios.

Y así también lo hemos entendido en otras sentencias en relación con la imputación de infracción única respecto a los acuerdos sobre licitaciones sancionados en el expediente "Licitaciones de carreteras" (por todas, SAN de 28 de noviembre de 2012).

8. La recurrente también alega vulneración del principio de confianza legítima. Dice que las ofertas de acompañamientos son una práctica habitual en las licitaciones de procedimiento negociado y que la práctica está amparada por la Ley de Contratos del Sector Público y por la propia actuación de la Administración.

Sobre aplicación del principio invocado hemos dicho en nuestra SAN de 30 de diciembre de 2013, recurso nº 196/2012.

"QUINTO: Considera el recurrente que la resolución ha infringido el principio de confianza legítima. Señala que cuando determinadas situaciones han sido auspiciadas por la propia Administración y prácticamente exigidas por esta, el ciudadano tiene derecho a confiar que no se le va a imponer una sanción por haber llevado a cabo lo que la propia Administración le venía a exigir. Alega que la CNC ha manifestado su aquiescencia en la formación y operativa de la Comunidad de Bienes por un lado y el resto de las autoridades administrativas no han formulado oposición alguna durante 12 años en que la Comunidad de Bienes ha operado en dicho mercado con absoluta transparencia y el Consell de Formentera siempre ha avalado el funcionamiento y solo puso de manifiesto en su denuncia la existencia de un incremento de precios en el año 2004.

En cuanto al principio de confianza legítima la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2013 asunto C-681/11 señala que

(40) debe recordarse que las autoridades nacionales de defensa de la competencia pueden decidir excepcionalmente no imponer una multa aun cuando una empresa haya infringido deliberadamente o por negligencia el artículo 101 TFUE. Puede darse ese caso cuando un principio general del Derecho de la Unión, como el de protección de la confianza legítima, se opone a la imposición de una multa.

(41) Sin embargo, nadie puede invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas (véanse las sentencias de 17 de marzo de 2011, AJD Tuna, C-221/09, Rec. p. I- 1655, apartado 72, y de 14 de marzo de 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11, Rec. p. I-0000, apartado 25).

En este caso, tal como señala la resolución recurrida, se ha realizado una prueba en fase de Consejo en la que ha quedado acreditado que la intervención del Conseller en este asunto quedó limitada a una petición para que las navieras ofrecieran un servicio a primera hora de la mañana y otro a última hora del día, con el fin de dar un mejor servicio a la población. No puede alegarse, amparándose en este hecho, que sea de aplicación el principio de confianza legítima a los acuerdos en precios y de coordinación de horarios que Balearia, Sercomisa y Pitiusa llevaron a cabo a continuación de esta solicitud.

Tampoco las actuaciones de la autoridad administrativa a la que se encomienda la defensa de la competencia ha realizado actuaciones que pudieran crear en las empresas que su actuación no era contraria a la competencia. En relación al transporte marítimo entre la Península y las Islas y Ceuta y Melilla, la Comisión Nacional de la Competencia y anteriormente el Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado varias resoluciones. Las resoluciones del TDC en esta materia han sido claras: han sancionado a las empresas navieras por distintos acuerdos de intercambio de billetes y fijación de precios y solo ha concedido dos autorizaciones singulares (1991 y 2006): En 1991 el TDC por resolución de 11 de diciembre de 1991 autorizó el acuerdo para la regulación del servicio marítimo de la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras entre Transmediterranea y ISNASA, exigió dar publicidad a los acuerdos, celebrar consultas con los usuarios, y no explotar abusivamente la situación de dependencia creada y en la que se señaló " si el acuerdo no funciona, se produce un exceso de capacidad de transporte, claramente antieconómico que podría terminar en una falta de cobertura del servicio que afectaría gravemente al normal desarrollo social y económico de la zona" En 2006 autorizó el acuerdo intelinea entre Algeciras y Ceuta expediente A-354/05 por un periodo de 3 años con carácter renovable entendiendo que existía una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 si bien podía aplicarse la exención prevista en el artículo 3.1 siempre que las navieras



se comprometieran a cumplir determinados compromisos que fueron aceptados tras diversas modificaciones y en concreto se exigió desarrollar políticas comerciales diferentes que dificulten un efectivo reparto de cuota a partir de un precio básico de intercambio de billetes. En cambio denegó conceder la autorización singular solicitada en relación con el expediente 543/02 Transmediterranea /Euroferrys/ Buquebus en el que declaró responsables a dichas empresas de haber concertado los precios del servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Algeciras-Ceuta- Algeciras durante determinados periodos de tiempo. El TDC manifestó que el sistema no estaría sometido a competencia alguna, puesto que no existen otras navieras fuera de él, se podría producir un ahorro de costes, pero no aparece en la solicitud una clara repercusión en los usuarios, no se encuentra justificada la extensión de la aceptación de billetes fuera de los meses en que se desarrolla. Esta resolución fue declarada conforme a derecho por sentencia de esta sección de 7 de abril de 2006 y confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009 .

Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007 la CNC ha continuado investigando estas prácticas restrictivas: expediente S/0080/08 y S/0241/10 en relación con el transporte marítimo de pasajeros en la línea Algeciras-Ceuta, el primero referido a operaciones de paso del Estrecho (OPE) y el segundo en periodos no afectado por la OPE y el expediente S/0244/10 en relación con el transporte marítimo con Baleares que es el que examinamos en este recurso. Solo en relación con el transporte que une la Península con el norte de África se ha fijado unas obligaciones de intercambio y una tarifa de intercambio común con el fin de evitar problemas derivados de la concentración de pasajeros en determinados periodos del año y facilitar la intercambiabilidad de billetes. Estos tipos de acuerdos se consideran que incumplen el artículo 1 de la LDC pero se entiende que pueden quedar exentos si se cumplen los requisitos del artículo 1.3 de la LDC 1/2007. En este sentido el artículo 260.2 del Real Decreto Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante exime las obligaciones de intercambio en el transporte entre la Península y el Norte de África bajo determinadas circunstancias, pero no respecto al transporte a las Baleares o como en este caso entre dos islas Ibiza y Formentera. y así señala

"En particular, la Administración marítima podrá obligar a las empresas navieras que realicen tráficos marítimos a la intercambiabilidad de billetes y sujeción a horarios establecidos. El cumplimiento de estas obligaciones por parte de las empresas navieras, incluyendo la fijación de una tarifa de intercambio común aplicable a los servicios de transporte que recíprocamente se presten por razón de la intercambiabilidad de billetes, tendrá la consideración de conducta exenta por ley a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , únicamente en lo que respecta a las líneas que unen puertos españoles con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o con puertos de Marruecos o de Argelia y durante los días de la Operación Paso del Estrecho y otros períodos justificados en los que concurren circunstancias similares de intensidad del tráfico marítimo o causas graves de utilidad pública o interés social, en los que la Administración Marítima active el intercambio." Esta exención no se ha establecido en relación al transporte en Baleares. entre Ibiza y Formentera.

Respecto al transporte a las Islas Baleares se ha dictado la Ley 11/2010 de 2 de noviembre de ordenación del transporte marítimo de las Illes Balears. Ciertamente en su disposición transitoria tercera se establece una frecuencia mínima de 10 salidas diarias entre Formentera e Ibiza. Ahora bien dicha ley no establece ningún tipo de exención, ni autoriza a un reparto de horarios entre las empresas que realizan el transporte marítimo sino que específicamente el artículo 16.3 establece que "la imposición de obligaciones de servicio público debe realizarse de un modo objetivo, transparente, no discriminatorio con el fin de garantizar que el servicio se presta en condiciones de libre y leal competencia..." .

Por otra parte como se señala en las conclusiones la abogado general en el caso anteriormente citado C-681/11 presentadas el 28 de febrero de 2013 (70) "toda empresa debe saber que ciertas prácticas restrictivas de la competencia están de por sí prohibidas por su propia naturaleza, y especialmente que nadie debe participar en las restricciones especialmente graves, como por ejemplo los pactos sobre precios o las medidas de reparto o compartimentación de los mercados. Además, a las empresas grandes y experimentadas se les puede exigir que tengan conocimiento de las correspondientes argumentaciones de la Comisión Europea en sus comunicaciones y directrices en materia de competencia". (Véanse, en este sentido, las sentencias Miller, citada en la nota 17, apartados 18 y 19; de 11 de julio de 1989, Belasco y otros/Comisión (246/86, Rec. p.2117), apartado 41, y de 8 de febrero de 1990 , Tipp-Ex/Comisión (C-279/87 , Rec. p.I-261), punto 2 del fallo; véase también la sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión (T-259/02 a T-264/02 y T- 271/02, Rec. p.II-5169), apartado 205).

En este contexto no se puede considerar que se ha vulnerado el principio de confianza legítima".

Tampoco ahora, este motivo debe ser desestimado, toda vez que no existe constancia suficiente de que las Administraciones convocantes de dichos concursos hayan actuado en la forma indicada por la recurrente y respecto a la actuación de la respectiva Administración convocante, en el sentido de que cualquiera de ellas



eran conecedoras e incluso incentivadoras de las actuaciones de acompañamiento, nada ha probado la actora que permita aceptar su tesis, más aún teniendo en cuenta el resultado de la serie de pruebas practicadas en vía administrativa, solicitándose a las Administraciones Públicas información sobre determinadas licitaciones y en cuyas respuestas no se ha aprecia signo alguno de avale la tesis patrocinada por la actora.

9. Y ya en el ámbito de la aplicación del principio de proporcionalidad exigido por el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debemos partir de la base de que la resolución impugnada ha aplicado a la recurrente la sanción del 10% de la cifra total de negocios del ejercicio 2.012, al ser inferior al 7% del volumen del mercado afectado en los ejercicios 2006 a 2.011, conforme a lo que en relación con el art.63.1.c ha interpretado la Sala en recientes sentencias tales como la de 17.6.2013, recurso 673/2011, o 21.3.2013, recurso 699/2011.

En este sentido, la actora, además de recordar la doctrina de la Sala sobre la invocación del principio de proporcionalidad, aduce diferentes motivos para impugnar la proporcionalidad de la sanción.

A este respecto debe traerse a colación la doctrina de esta Sala sobre esta cuestión recogida en la sentencia de fecha 6 de marzo de 2.013, recurso 619/2010, en la que se indicaba:

"OCTAVO: Debemos ahora examinar la graduación de la multa que procede imponer. Para ello es necesario analizar dos extremos, la configuración legal del porcentaje y el volumen de negocio sobre el que ha de aplicarse. Hemos de señalar desde ahora que, si bien la actora no plantea la cuestión en los términos en que va a ser analizada, lo cierto es que expresamente alega falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, lo que implica necesariamente un juicio previo tanto de la mecánica en la graduación del porcentaje a aplicar, como la el volumen de negocio sobre la que ha de aplicarse. No entendemos por ello necesario someter a las partes tales cuestiones, pues constituyen el análisis de una alegación formulada en la demanda, cual es la proporcionalidad de la sanción, desde el principio iura novit curia.

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

El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

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

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

- a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."*

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

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

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

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

- a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;*
- b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;*
- c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.*



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

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

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

"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006, Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174, y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05, Rec. p. II-1443, apartado 280).

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

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

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

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

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia Costa vs Enel, y, posteriormente,



sentencia *Simmental* y sentencia *Kreil*. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

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

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

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

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

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

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

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

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

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

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

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

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

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

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

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos



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

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

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

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

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

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

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de *Lex certa* y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

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

En conclusión hemos de señalar:

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

razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

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

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

El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

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

El artículo 63 de la Ley 15/2007 :

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

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

Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto "...volumen de ventas..." o "... volumen de negocios total...": y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

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

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

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

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

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

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

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% de las ventas o volumen de negocio del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción - en este caso en la exportación -. Toda vez que la responsabilidad se exige por culpa o negligencia y que esta es leve, la duración de la conducta de la recurrente breve y su participación muy escasa, la multa debe imponerse en la parte inferior del grado mínimo. Corresponde imponer el 2.5% del volumen de ventas o negocio en el ámbito de la exportación, en los términos señalados por la CNC, en el ejercicio anterior a la fecha de la Resolución.

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



Aplicando dicha doctrina, procede la estimación parcial del recurso, en el sentido de aplicar la cifra correspondiente del volumen de mercado afectado en el ejercicio anterior al de la fecha de la resolución, esto es, el ejercicio 2012. Y apreciando las concretas circunstancias en la que se ha desarrollado la participación de la actora en calidad de miembro del denominado G-5 y su grado de implicación en las conductas descritas (el reparto del mercado y el acompañamiento) tal y como se describe en la resolución impugnada, el porcentaje debe quedar fijado en el 8% del volumen del mercado afectado en 2012 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Administración demandada para el cálculo de la multa.

En consecuencia, por todas las razones expuestas, procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente con la consiguiente anulación de la resolución impugnada en los términos expresados en el presente fundamento de derecho, y debiéndose dictar otra en ejecución de sentencia que tenga en cuenta lo declarado en el mismo.

10. Conforme al art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011, al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo, no procede realizar condena alguna en cuanto a las costas procesales.

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

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad **SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. (SENIOR) Y GRUPO JESPAB, S.A (JESPAB)**, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2013, y en consecuencia, anulamos la misma en los términos establecidos en el fundamento de derecho nº 9, desestimando el resto de los pedimentos de la demanda.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales .

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **cabe recurso de casación**, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.