

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063205

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 650/2018, de 23 de abril de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 608/2016

SUMARIO:**Procedimiento sancionador. Caducidad del procedimiento sancionador. Defensa de la competencia.**

Cómputo y valoración, a efectos de la caducidad, de los acuerdos de suspensión del procedimiento, a los concretos efectos de la incidencia de dichos plazos de suspensión en cuanto a la determinación del término final o dies ad quem del plazo de resolución y notificación del expediente.

El plazo de tramitación real y funcional del expediente sancionador, globalmente considerado, no puede superar en ningún caso los 18 meses que la LDC y su reglamento de desarrollo establecen; es decir, que aun sumando a la fecha inicialmente establecida como de término de esos 18 meses (la fecha en que se cumplen 18 meses a partir de la fecha de inicio del expediente) los periodos temporales de suspensión del trámite procedimental, el plazo resultante, íntegra y globalmente contemplado, no puede superar 18 meses. Pero no se rechaza ni desautoriza la posibilidad de acordar una segunda suspensión, o sucesivas suspensiones, dentro del plazo global máximo de tramitación de 18 meses, incluido dentro de dicho plazo el sobrevenidamente resultante de una suspensión precedente. A lo largo de la tramitación del expediente sancionador de autos se acordaron sucesivas suspensiones del plazo y lo que importa resaltar es que todas esas suspensiones se acordaron dentro del plazo de 18 meses, computado este con arreglo a las pautas que se acaban de expresar. Esto es, todas las sucesivas suspensiones se adoptaron, bien dentro del plazo primero de 18 meses medidos a partir de la fecha de incoación del procedimiento, bien dentro del plazo ampliado resultante de la adición, al término final de ese plazo primero, de los días en que el expediente permaneció suspendido en tiempo y forma. El hecho de que se acordase alguna suspensión del plazo para resolver dentro del llamamos «plazo ampliado» no implicó que se sobrepasaran realmente los 18 meses que la Ley fija como plazo de tramitación máximo. Si cualquier medida de suspensión de la tramitación tiene que adoptarse, quíerase o no, dentro de los 18 meses computados a partir de la fecha del acuerdo de iniciación (esto es, hasta el dies ad quem resultante de añadir 18 meses a partir de la fecha de incoación, y nunca más allá de dicha fecha), eso supondrá que la Administración dispondrá de tanto menos tiempo útil para valorar la posible realización de trámites añadidos que impliquen la suspensión, cuanto más tiempo haya durado la suspensión previa y primeramente acordada dentro de aquellos 18 meses. ([Vid. STS, Sala de lo Contenciosos- administrativo, de 26 de julio de 2016, rec. núm. 3811/2015 (NCJ061527), en el mismo sentido].

PRECEPTOS:

Ley 15/2007 (Defensa de la Competencia), arts. 1, 4, 10, 36, 37, 38, 63 y 64.

RD 261/2008 (Rgto. De defensa de la competencia), arts. 12.3 y 38.

Código Civil, art. 6.4.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 50 y 52.

Ley 15/2009 (contrato de Transporte Terrestre de Mercancías), arts. 22 y 38.

Constitución Española, art. 9.3.

Ley 11/1998 (General de Telecomunicaciones), art. 82.1 a).

Ley 58/2003 (LGT) art. 203.

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 101 y 102.

PONENTE:*Don Diego Córdoba Castroverde.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 650/2018

Fecha de sentencia: 23/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 608/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 608/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente
D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. Maria Isabel Perello Domenech
D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso
D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 23 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 608/2016, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, contra la sentencia de 25 de enero de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 574/2013, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de septiembre de 2013.

Han sido partes recurridas Asociación Empresas Logística y Transporte de Contenedores, representada por el procurador don David García Riquelme, bajo la dirección letrada de doña Lourdes Ruiz Ezquerra, Atea-Oltra Valencia representada por la procuradora doña Laura Argentina Gómez Molina y la Asociación Naviera Valenciana representada por la procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

«FALLAMOS.-

QUE DEBEMOS ESTIMAR el recurso interpuesto por la representación procesal de LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE CONTENEDORES, contra la resolución de la CNC de fecha 27 de septiembre de 2013 a la que la demanda se contrae, que anulamos por su disconformidad a derecho. Sin costas.».

Segundo.

Notificada la anterior sentencia, la parte recurrente presentó escrito ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

Tercero.

Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, el Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2016 (rec. 574/2013) por la que se estimó el recurso interpuesto por la empresa "Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores" contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de septiembre de 2013 por la que se impuso a dicha empresa una sanción de multa por infracción del art. 1 de la LDC.

El recurso se funda en un único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, al considerar que la sentencia recurrida infringe los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) en relación con los artículos 12.3 y 38.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RD 61/2008), todo ello en relación con la declaración de caducidad del procedimiento acordada por la sentencia de instancia.

La sentencia recurrida considera que se produce la caducidad porque entiende que no es posible considerar el plazo de la suspensión acordada una vez finalizado el término final del procedimiento señalado por el comienzo del mismo. De modo que, en los acuerdos de suspensión cuarto a sexto inclusive, que tuvieron lugar después del 14 de diciembre de 2012, generan un periodo de 121 días naturales de suspensión que no pueden adicionarse al término final señalado por la iniciación del procedimiento, esto es, al 14 de diciembre de 2012 más 175 días naturales consecuencia de las tres suspensiones decretadas antes del término final (originariamente establecido), es decir,



se excluyen del cómputo 121 días naturales durante los cuales el procedimiento sancionador ha estado suspendido, con la consecuencia de que el procedimiento habría finalizado el 7 de junio de 2013, por lo que la notificación de la Resolución de 27 de septiembre de 2013 se habría producido una vez caducado dicho procedimiento.

La sentencia recurrida, según el Abogado del Estado, utiliza en su apoyo una única razón que es la "nueva doctrina" del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 15 de junio de 2015 antes citada. Pero, a su juicio, no existe "nueva doctrina" y, en todo caso, se basa en una interpretación errónea de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 porque, ni los supuestos de hecho de esta sentencia y de la que aquí se recurre son similares, ni la interpretación realizada de dicha doctrina se corresponde con lo que realmente declara la sentencia de 15 de junio de 2015 .

Los supuestos de hecho de la sentencia que aquí se impugna y los de la sentencia casada por la sentencia de 15 de junio de 2015 son completamente diferentes. En la sentencia aquí combatida se han decretado tres suspensiones antes del 14 de diciembre de 2012, término final originario y otras tres más después de esa fecha. La sentencia recurrida niega que se puedan computar los días naturales de suspensión de esas tres últimas suspensiones cuya legalidad no se cuestiona. A diferencia de este caso, en el tratado por la sentencia casada por la de 15 de junio de 2015 , se decreta una única suspensión antes de finalizar el término final originario.

Cuarto.

Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días, formalizaran escrito de oposición, lo que realizó, la representación procesal de la Asociación Empresas Logística y Transporte de Contenedores oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: «[...] acordando confirmar la caducidad del procedimiento; SUBSIDIARIAMENTE, resuelva anular la Resolución del Consejo de la CNC, de 27 de septiembre de 2013, Expte. S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA, sobre la base de los motivos contenidos en el recurso de esta parte ante la Audiencia Nacional y la Sentencia de la Excm. Sala de 29 de enero de 2015, Rec. nº. 2872/2013 .».

Por diligencia de ordenación de 20 de septiembre de 2016, se declara caducado el trámite de oposición concedido a las representaciones procesales de Ateia-Oltra Valencia y Asociación Naviera Valenciana.

Quinto.

Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 10 de abril de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2016 (rec. 574/2013) por la que se estimó el recurso interpuesto por la empresa Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de septiembre de 2013 por la que se impuso a dicha empresa una sanción de multa por infracción del art. 1 de la LDC .

La sentencia impugnada basó su decisión estimatoria del recurso contencioso administrativo en la caducidad del procedimiento, por considerar que se había superado el plazo máximo de 18 meses desde su inicio hasta la notificación que le puso fin, establecido por el artículo 38 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) .

Para llegar a dicha conclusión, la sentencia impugnada determinó el día inicial del cómputo, que coincide con la fecha de incoación del expediente sancionador, el 14 de junio de 2011 , y los períodos de suspensión del plazo por concurrir causa legal, que en este caso fueron seis y sumaron un total de 296 días.

Seguidamente la sentencia impugnada señaló que no era aplicable en el presente caso la regla del artículo 12.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero , por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), que dispone que en los casos en los que se hubiera suspendido el cómputo del plazo, como



ocurre en el presente supuesto, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial los días naturales durante los que hubiera quedado suspendido el plazo.

La sentencia impugnada razonó que la indicada regla del artículo 12.3 del RDC resulta inaplicable en el presente caso, de acuerdo con los criterios de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2015 (recurso 3454/2013), que limita los periodos de suspensión que pueden ser añadidos a la fecha de término del plazo inicial.

Señaló al respecto la sentencia impugnada (FD 5º):

«Ahora bien debe destacarse que el Tribunal Supremo ha incluido en su sentencia una consideración sobre los períodos de suspensión que pueden ser adicionados a ese plazo inicial que opera como referencia para la determinación del plazo máximo de duración del procedimiento, y así dice que "el tiempo transcurrido entre el término inicial del plazo y aquel posterior al que se refiera la suspensión resulta irrelevante a los efectos de la caducidad".»

«Supone entonces que las suspensiones acordadas a partir de ese día último del plazo inicial no pueden ser tomadas en consideración para determinar el plazo máximo de duración del procedimiento. Por si hubiera alguna duda, añade que "Dicho en otras palabras, a los efectos de la caducidad del procedimiento, el único período en el que es posible que incida la suspensión es aquel que resta hasta alcanzar el término del plazo inicial, lo que determina que el tiempo que exceda de dicho momento carece de virtualidad y eficacia a los efectos aquí debatidos".»

De acuerdo con los anteriores razonamientos, la sentencia impugnada advirtió que en el supuesto analizado concurren seis períodos de suspensión del cómputo del plazo y de ellos los tres primeros transcurrieron antes del término del plazo inicial (el 14 de diciembre de 2012), pero los 3 periodos restantes tuvieron lugar con posterioridad a la indicada fecha de término del plazo inicial, por lo que consideró la sentencia impugnada que estos últimos periodos de suspensión no pueden añadirse al término del plazo inicial, como dispone la regla del artículo 12.3 del RDC, de suerte que el día final del plazo máximo de duración del procedimiento debe determinarse añadiendo al término del plazo inicial (el 14 de diciembre de 2012) únicamente los días naturales de los tres primeros períodos de suspensión (que fueron 175 días), y como consecuencia de esta forma de cómputo, el procedimiento sancionador había ya caducado cuando se notificó la resolución de la CNC, el 2 de octubre de 2013.

Segundo.

El recurso de casación del Abogado del Estado se articula en un único motivo, formulado al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de los artículos 36 , 37 y 38 de la LDC , en relación con los artículos 12.3 y 38 del RDC, así como de la jurisprudencia que se cita al desarrollar el motivo.

El Abogado del Estado alega que la sentencia recurrida infringe los artículos 36 , 37 y 38 LDC , en relación con los artículos 12.3 y 38.1 del RDC, pues en base al criterio mantenido por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 (recurso 3454/2013), considera que no pueden computarse, a efectos de determinar el plazo máximo del procedimiento, tres de las seis suspensiones decretadas en el procedimiento administrativo, lo que lleva a la Sala de instancia a computar solo 175 de los 296 días de suspensión, porque tuvieron lugar antes del término del plazo inicial, el 14 de diciembre de 2012, pero no el resto, porque tuvieron lugar después de la citada fecha, con la consecuencia de que se habría producido la caducidad del expediente sancionador.

Añade el Abogado del Estado que la sentencia impugnada utiliza en apoyo de sus tesis de no adicionar al término del plazo inicial los períodos de suspensión cuarto, quinto y sexto, que suman 121 días, la única razón de la existencia de una nueva doctrina jurisprudencial, establecida en la STS de 15 de junio de 2015 , antes citada, si bien sostiene el Abogado del Estado que no existe, en realidad, una nueva doctrina del Tribunal Supremo en la repetida sentencia de 15 de junio de 2015 , sino una interpretación errónea de la misma por la Sala de instancia.

Para dar respuesta a la cuestión planteada es preciso comenzar por señalar que sobre esta misma cuestión se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 26 de julio de 2016 (recurso 3811/2015), que estimó el motivo de casación formulado por el Abogado del Estado y más recientemente en nuestras STS nº 2418/2016, de 11 de noviembre de 2016 (rec. 617/2016) y STS nº 2517/2016, de 28 de noviembre de 2016 (rec. 699/2016) cuyo criterio ahora reiteramos.

En dichas sentencias ya dijimos que de lo afirmado en la sentencia de esta Sala, de 15 de junio de 2015 , no cabe extraer la doctrina propugnada por la Sala de instancia, que en síntesis consiste en que una vez alcanzado el dies a quem originario ya no cabe acordar nuevas suspensiones.

En efecto, como ya hemos expuesto en la mencionada sentencia de 26 de julio de 2016, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha errado en la interpretación de los criterios contenidos en la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2015 (3454/2013), al sostener que no tienen efectos interruptivos de la caducidad los acuerdos de suspensión del cómputo de los plazos adoptados una vez transcurrido el plazo final máximo establecido para resolver y notificar la resolución que culmina el expediente sancionador, que es de dieciocho meses desde su incoación, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

En la referida sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2016 , expusimos los criterios aplicables en el cómputo de los plazos de caducidad en los supuestos de suspensión del cómputo del plazo para resolver, reprochándose a la Sala de instancia que hubiera extraído de la precedente sentencia de 15 de julio de 2015 unos criterios hermenéuticos que no se corresponderían con el tenor de la fundamentación jurídica ofrecida en dicha sentencia:

«[...] La sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 , tan citada por la sentencia de instancia, no contiene las declaraciones generales que el Tribunal a quo le atribuye, como así lo enfatiza el Voto particular. Si se sitúa la fundamentación jurídica de dicha sentencia en su contexto, se aprecia que en ella se parte de un caso concreto y singular en el que la Administración notificó la resolución finalizadora del procedimiento cuando ya había transcurrido el plazo máximo de resolución y notificación del mismo de 18 meses, y eso incluso sumando o añadiendo al día de término de ese plazo inicial de 18 meses el periodo de tiempo en el que el expediente había estado suspendido en su tramitación (como hemos visto, el acuerdo de alzamiento de la suspensión tuvo lugar cuando el plazo de 18 meses ya había transcurrido)».

La Administración trató de justificar tal situación razonando que ese período de tiempo de suspensión se añadía o sumaba, a efectos del cómputo del plazo de 18 meses, no a partir del día de término de esos 18 meses contados a partir de la fecha de incoación, sino a partir del día de adopción del acuerdo de alzamiento de la suspensión, y la Sala de instancia aceptó y dio por buena tal forma de actuar, pero el Tribunal Supremo la rechazó, al considerar que el lapso temporal de suspensión del expediente (los días en que el transcurso del plazo de tramitación del expediente estuvo suspendido) debe sumarse no a la fecha de alzamiento de la suspensión, sino al término final de los 18 meses tan citados.

Pues bien, la Administración, primero, y la Sala de instancia, después, consideraron que la resolución había sido adoptada y notificada en plazo computando (incorrectamente) dicho plazo por días hábiles y no naturales, y además, por lo que ahora interesa, entendiendo que el día final del plazo debía determinarse añadiendo o sumando el tiempo de suspensión apuntado (de 35 días) a partir de la fecha del acuerdo de alzamiento de la suspensión del trámite.

En cambio, esta Sala consideró que esos 35 días de suspensión pueden y deben, sí, computarse en el sentido de dilatar o diferir el dies ad quem, a efectos de la caducidad del expediente, pero que esa adición debe hacerse a partir del día inicialmente señalado como día de término, y no a partir de la fecha en que se adoptó el acuerdo de alzamiento. Esto es, que el término inicialmente fijado como dies ad quem (16 de diciembre) pasa a configurarse como dies a quo para el nuevo cómputo o recálculo del plazo de resolución y notificación; es decir, a los limitados efectos de posicionarse como fecha de referencia para la suma (a efectos del cómputo del plazo de 18 meses y la consiguiente determinación del día de término a efectos de la caducidad) de los días en que el expediente estuvo suspendido.

Esta, y no otra, es la declaración que exterioriza la sentencia de 15 de junio de 2015 , y esta es la doctrina que cabe extraer de dicha sentencia. Las demás expresiones que la sentencia incorpora no son más que argumentos de refuerzo dialéctico de tal aseveración, que no pueden extrapolarse de su contexto.

Lo que, en definitiva, viene a establecer esta sentencia de 15 de junio de 2015 es que el plazo de tramitación real y funcional del expediente sancionador, globalmente considerado, no puede superar en ningún caso los 18 meses que la LDC y su reglamento de desarrollo establecen; es decir, que aun sumando a la fecha inicialmente establecida como de término de esos 18 meses (la fecha en que se cumplen 18 meses a partir de la fecha de inicio del expediente) los periodos temporales de suspensión del trámite procedimental, el plazo resultante, íntegra y globalmente contemplado, no puede superar 18 meses.

En cambio, lo que la sentencia de 15 de junio de 2015 no proclama con carácter general, porque no era eso lo que se discutía en el litigio de su razón, es que si el plazo inicial de 18 meses se extiende sobrevenida y

legítimamente, por razón de una suspensión acordada en tiempo y forma, una vez que esos 18 meses (contados desde la fecha de incoación) hayan transcurrido no podrán acordarse suspensiones añadidas en el intervalo añadido correspondiente al plazo ampliado.

Dicho sea de otra forma, la sentencia de 15 de junio de 2015 no rechaza ni desautoriza la posibilidad de acordar una segunda suspensión, o sucesivas suspensiones, dentro del plazo global máximo de tramitación de 18 meses, incluido dentro de dicho plazo el sobrevenidamente resultante de una suspensión precedente. No lo rechaza ni lo desautoriza porque no es ese el objeto del pleito que resuelve, ni tal cuestión se ha suscitado en dicho pleito, ni es por tanto una cuestión litigiosa controvertida que corresponda resolver congruentemente como ratio decidendi de la sentencia.

Y eso es justamente lo que ha ocurrido en el concreto caso que se resolvió por la sentencia ahora combatida en el presente recurso de casación, pues a lo largo de la tramitación del expediente sancionador de autos se acordaron sucesivas suspensiones del plazo, por razones que no han sido cuestionadas en cuanto a su pertinencia. Lo que importa resaltar es que todas esas suspensiones se acordaron dentro del plazo de 18 meses, computado este con arreglo a las pautas que se acaban de expresar. Esto es, todas las sucesivas suspensiones se adoptaron, bien dentro del plazo primero de 18 meses medidos a partir de la fecha de incoación del procedimiento, bien dentro del plazo ampliado resultante de la adición, al término final de ese plazo primero, de los días en que el expediente permaneció suspendido en tiempo y forma.

Dicho esto, y siguiendo el razonamiento, el hecho de que se acordase alguna suspensión del plazo para resolver dentro del llamamos "plazo ampliado" no implicó que se sobrepasaran realmente los 18 meses que la Ley fija como plazo de tramitación máximo.

El hecho de que al plazo legal e inicialmente establecido se le adicione los días en que el procedimiento ha estado suspendido en legal forma, no hace más que salvaguardar la integridad y la funcionalidad de la previsión normativa sobre el plazo máximo conferido a la Administración. Previsión, esta, que es ciertamente una garantía para el ciudadano (evita que un procedimiento sancionador pueda estar indefinidamente abierto) pero también opera como una garantía para la Administración, en la medida que le confiere un plazo predeterminado para tramitar, resolver y notificar, que es el que se ha estimado adecuado y congruente con la naturaleza del procedimiento y los intereses en juego.

Desde esta perspectiva, si se aceptara la tesis de la sentencia de instancia (que, como sabemos, en síntesis consiste en que una vez alcanzado el dies ad quem originario, ya no cabe acordar nuevas suspensiones del procedimiento) el resultado sería que el plazo conferido a la Administración para ejercer sus potestades se vería injustificadamente recortado de facto; pues, en efecto, si habiéndose acordado dentro de los dieciocho meses inicialmente establecidos una medida de suspensión, se impone que no cabrá acordar nuevas y ulteriores suspensiones en el mismo expediente más que dentro de esos mismos dieciocho meses, y con el término inexorable del dies ad quem correlativo al de inicio del procedimiento (de forma que a partir de dicha fecha ya no quepa acordar más actos de impulso y tramitación que impliquen suspensión del procedimiento), eso significará en la práctica que el periodo de suspensión antes acordado dentro de esos 18 meses iniciales habrá operado realmente como una resta o disminución del tiempo útil conferido a la Administración para culminar el expediente.

Si cualquier medida de suspensión de la tramitación tiene que adoptarse, quiérase o no, dentro de los 18 meses computados a partir de la fecha del acuerdo de iniciación (esto es, hasta el dies ad quem resultante de añadir 18 meses a partir de la fecha de incoación, y nunca más allá de dicha fecha), eso supondrá que la Administración dispondrá de tanto menos tiempo útil para valorar la posible realización de trámites añadidos que impliquen la suspensión, cuanto más tiempo haya durado la suspensión previa y primeramente acordada dentro de aquellos 18 meses.

Y este resultado no puede compartirse porque las previsiones legales sobre suspensión del trámite atienden a una razón de necesidad administrativa. Por eso, debe salvaguardarse la posibilidad -siquiera potencial- de que la Administración disponga, para poder tramitar correctamente el procedimiento y adoptar -en su caso- medidas de tal índole, al menos de los dieciocho meses conferidos (y no de dieciocho meses menos los plazos de suspensión ya acordados y consumados).

Cuestión distinta es que se acuerden suspensiones del trámite ficticias, sin razón real justificativa, como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente. Pero si así se aprecia, será por ese anotado carácter fraudulento, y no por haberse acordado después del dies ad quem originario y en el plazo añadido al inicial por mor de una suspensión

previamente acordada, pues esta última forma de actuar no puede descalificarse apriorísticamente como necesariamente contraria a Derecho.

Cabe, por tanto, acoger el motivo único del recurso de casación del Abogado del Estado, dado que la Sala de la Audiencia Nacional, en la sentencia ahora impugnada, interpretó de forma errónea la doctrina plasmada en la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2013, sin tener en cuenta el contexto argumental en que se inserta, ni la totalidad de su fundamentación jurídica, interpretando de forma desconectada expresiones de un fundamento jurídico en el que se subrayaba la necesidad de aplicar el artículo 12.3 del RDC, en un supuesto diferente al contemplado en aquella ocasión y alcanzando a partir de un párrafo aislado una conclusión que pierde todo su sentido y no es conforme a derecho.

Al acoger el motivo único del recurso de casación, debemos proceder, de conformidad con el artículo 95.2.d) LJCA, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

Tercero.

La resolución de la CNC de 26 de septiembre de 2013, contra la que se dirige el recurso contencioso administrativo indicó en su parte dispositiva que en el expediente S/0314/10 (Puerto de Valencia) se había acreditado una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, de la que declaró responsable, entre otras entidades a la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores (ELTC) a la que se impuso una sanción de 12.692.462 €.

La demanda del recurso contencioso-administrativo no había formulado alegación alguna sobre caducidad del expediente, cuestión que fue traída al proceso por la Sala de instancia al amparo del artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción. La Asociación recurrente formuló sus alegaciones al respecto en escrito de 23 de noviembre de 2015, concluyendo que la resolución sancionadora le fue notificada a ELTC una vez producida la caducidad del procedimiento puesto que en realidad el procedimiento estuvo paralizado 291 días, alegación en la que insiste en la contestación al recurso de casación, por lo que abordaremos esta cuestión en primer lugar.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el cómputo de los días que estuvo paralizado el procedimiento en cuestión en nuestra sentencia nº 2418/2016, de 11 de noviembre de 2016 (rec.617/2016). En ella, tras examinar los diferentes periodos de suspensión concluimos que en el primer período de suspensión se inició por acuerdo de la DI de 20 de octubre de 2011 (folio 1565 del expediente), y se mantuvo la suspensión hasta la resolución del recurso por el Consejo de la CNC el 28 de diciembre de 2011 (folio 1836 del expediente), reanudándose el cómputo desde el día siguiente 29 de diciembre de 2011, por lo que el procedimiento estuvo suspendido durante 70 días.

El segundo período de suspensión se inició el 3 de enero de 2012 y finalizó el 22 de marzo de 2012, con una duración de 79 días.

El tercer período de suspensión comenzó el 4 de octubre de 2012 y finalizó el 29 de octubre de 2012 (no el día 30 de octubre de 2012 como parece apuntar la demanda), pues aquella fue la fecha del acuerdo del Consejo de la CNC de inadmisión del recurso que motivó la suspensión (folio 3499 del expediente), reanudándose el plazo del procedimiento al día siguiente, de forma que iniciado este tercer período de suspensión como indica la parte recurrente, el 4 de octubre de 2012, su duración fue de 26 días.

En relación con el cuarto período de suspensión, se inició el 27 de marzo de 2013, desde el día 28 de abril de 2013 (folio 4630 del expediente). Por tanto, entre el 28 de marzo y el 27 de abril de 2013 el procedimiento estuvo suspendido 31 días.

El quinto período de suspensión se inició el 30 de abril de 2013, y finalizó el 29 de junio de 2013 totaliza 60 días.

El sexto período de suspensión se inició el 19 de julio de 2013 (folios 5137 a 5140 del expediente) se levantó la suspensión con efectos de 18 de agosto de 2013 (folio 5625 del expediente), por lo que este período de suspensión tuvo una duración de 30 días.

En resumen de lo anteriormente expuesto, en dicha sentencia concluimos, en relación con los datos relevantes de cada período de suspensión, su respectiva duración fue la siguiente:

- Primer período de suspensión: del 20 de octubre al 28 de diciembre de 2011 (70 días).
- Segundo período de suspensión: del 3 de enero al 22 de marzo de 2012 (79 días).
- Tercer período de suspensión: del 4 de octubre al 29 de octubre de 2012 (26 días).
- Cuarto período de suspensión: del 28 de marzo al 27 de abril de 2013 (31 días).

- Quinto período de suspensión: del 30 de abril al 29 de junio de 2013 (60 días).
- Sexto período de suspensión: del 19 de julio al 17 de agosto de 2013 (30 días).

En consecuencia, considera la Sala que el plazo para resolver y notificar la resolución estuvo suspendido durante un total de 296 días, por lo que añadiendo este periodo no procede apreciar la caducidad invocada.

Cuarto.

La entidad recurrente en la instancia plantea, además, varios motivos de impugnación de la resolución sancionadora que pueden sintetizarse en los siguientes:

1º Considera que no cometió actuación alguna que infrinja el art. 1 de la LDC al haberse limitado a representar a sus asociados en las reuniones del sector y elaborar estudios orientativos sin imponer condiciones. Su conducta ha sido eficiente en el sector y ha de considerarse amparada en el art. 4 de la LDC por estar amparada por las previsiones de la Ley 15/2009.

2º Vulneración del principio de confianza legítima, pues consideró que su conducta era legítima dada la actividad desplegada por el Ministerio de Fomento, la Autoridad Portuaria de Valencia y a la Consejería de Infraestructura de Transporte de la Comunidad Valenciana.

3º La sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad por varias razones: Inaplicación retroactiva del art. 63 de la LDC ; Indevida interpretación del límite máximo del 10%; ausencia de efectos en el mercado de las conductas imputadas por lo que no se ha respetado los criterios para determinar el importe de la sanción previstos en art. 64 apartado 3 letra b) y el art. 64.apartado 1 letra e); indevida aplicación de la agravante de instigación; la sanción impuesta es desproporcionada en relación con la impuesta en otros expedientes de la CNC ; no se ha tomado en consideración la colaboración prestada por la ELTC a la CNC a lo largo del expediente; las malas condiciones del sector determinaría que el pago de una multa de 12.692.462 € le abocaría a desaparecer.

Procede analizar estos motivos de impugnación poniendo de manifiesto que este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la misma resolución administrativa que la ahora impugnada en las sentencias nº 2385/2016, de 7 de noviembre de 2016 (rec. 1047/2016) STS nº 2418/2016, de 11 de noviembre de 2016 (rec. 617/2016) nº 2517/2016, de 28 de noviembre de 2016 (rec. 699/2016), STS nº 2505/2016, de 23 de noviembre de 2016 (rec. 1048/2016), interpuestos por otras empresas sancionadas en ese mismo expediente.

Quinto. Sobre la infracción del art. 1 de la LDC .

En primer lugar, se aduce la nulidad de la resolución sancionadora por infracción del art. 1 de la LDC del artículo 101 del TFU por entender que la "Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores", como tal Asociación, se ha limitado a representar a su asociados en las reuniones del sector y a elaborar estudios orientativos de tarifas y recargos de referencia dejando al margen de su actuación las contrataciones concretas de los asociados con los clientes finales. La Asociación no impuso sus condiciones a los asociados ni estos interpretaron que eran imperativas, y no ha participado en ningún acuerdo de fijación de precios y condiciones económicas o de servicio de reparto de mercado ni de limitación o control de la producción el sector de transporte terrestre de contenedores con origen/destino en el Puerto de Valencia, ni en ningún acuerdo de reparto de mercado o limitado de la producción porque el acceso al puerto de Valencia es libre y el reparto de los servicios no depende del oferente del servicio sino de los demandantes del servicio.

Considera que el mero hecho de asistir a las reuniones con otros operadores del Puerto de Valencia y tratar sobre variables competitivas tales como precios y condiciones comerciales no supone incurrir en una infracción del artículo 1 de la LDC pues las conductas imputadas a la ELTC, tales como el recargo por combustible, indemnizaciones por paralización y reducción de plazo de pago, han sido eficientes.

Considera que su conducta tiene amparo legal en la previsión contenida en el art. 4 de la LDC en el que se dispone que la restricción de la competencia esté revista por disposición legal como instrumento al servicio del interés público. Y en este caso la Ley 15/2009 de 11 de noviembre del contrato de Transporte Terrestre de Mercancías desarrolla el contenido del contrato incluyendo en sus artículos 22 y 38 todas las indicaciones recibidas y reflejadas en los acuerdos publicados, sin que se prevea, como afirma la resolución administrativa, el pacto bilateral de cada transportista con sus clientes sino que establece las condiciones que, forma automática y por imperativo legal, se aplicará en la prestación del servicio.

Esta Sala considera que la exigencia de responsabilidad a la Asociación recurrente por la comisión de la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se justifica en que ha contribuido de forma decisiva con su comportamiento cooperativo a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por los participantes en el cártel con el objeto de impedir la competencia en el mercado relevante de la prestación de los servicios de transporte de contenedores por carretera con origen o destino en el Puerto de Valencia.

Ya hemos dicho, que a los efectos de determinar la aplicabilidad del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cabe partir de la premisa de que a tenor de dicha disposición «se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; y e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos».

Al respecto, cabe referir que ha quedado debidamente acreditado en el expediente sancionador que la Asociación ha participado en numerosas reuniones con el objetivo de fijar tarifas comunes y acordar otras condiciones contractuales relativas a la prestación de dichos servicios, que concluyeron en la formalización de acuerdos anticompetitivos, contribuyendo con este comportamiento concordante a garantizar la efectiva aplicación de dichos acuerdos anticompetitivos. Se considera acreditado en la resolución administrativa que durante los años 2002 a 2008 ELTC mantuvo encuentros o comunicaciones con otros operadores del puerto de Valencia con el fin de comunicarles las tarifas e instarles a que las aplicaran o negociar la fecha de aplicación (en el párrafo 37 se especifican dichas reuniones); entre los años 2003 a 2008 ELTC controló que sus empresas asociadas y el resto de operadores del puerto aplicase las tarifas (párrafo 39 de la resolución); se reunió con Transcot Comunidad Valencia para tratar el asunto relativo al incumplimiento de tarifas de transporte (párrafo 40); acordó con Transcont repercutir sobre los precios del transporte de contenedores la variación del IPC (párrafos 41 y ss); entre los años 2005 y 2006 acordó con Trancont repercutir sobre el precio del transporte la variación del precio del gasoil (párrafo 47 y ss); durante los años 2004 a 2006 además de fijar los precios acordó con Transcot fijar los descuentos (párrafo 73 a 75); durante 2002 a 2008 ELTC y Transcont distribuyeron adhesivos identificados para distinguir los camiones de sus respectivos asociados de los de otras asociación, con la finalidad de crear censos que permitiese llevar un control sobre el número de camiones de asociados, asegurándose de que sólo estos camiones identificados operaran en el puerto de Valencia; durante el primer semestre de 2008 dicha Asociación junto con Transcont y Transconval formaron la denominada "mesa Sectorial del Transporte de contenedores por carretera del Puerto de Valencia con el fin de resolver los problemas detectados en el transporte de contenedores mediante la adopción de una serie de compromisos entre las partes relativos, entre otros a ,precios del transporte y a contingentación de lotas asociadas al reparto de trabajo (párrafo 86 y ss) entre otras conductas.

En dicha narración de hechos probados, queda constancia de la participación de la asociación recurrente, junto con las otras asociaciones sancionadas, en la conducta tipificada como infracción por los artículos 1 de la Ley 15/2007 y de la Ley 16/1989, al participar en acuerdos y decisiones que tenían por objeto restringir y falsear la competencia, consistentes en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, en el ámbito del transporte de contenedores en el Puerto de Valencia. No se trataba de participar en reuniones para dar cuentas a sus asociados sino que dichas Asociaciones acordaban entre ellas los tarifarios a aplicar por los autónomos y por las empresas de transporte, la inclusión del IPC y repercusión de los precios del combustible, así como otras condiciones comerciales y descuentos, suprimiendo prácticamente cualquier tipo de competencia. Y realizaron censo de la flota de las tres asociaciones, con asignación de distintivo, para controlar el acceso al puerto lo que les permitió ejercer un control sobre el número de camiones de sus empresas asociadas y la incorporación de nuevas empresas y el control de acceso al puerto de los transportistas ajenos a tales asociaciones. Conductas que se consideran acreditadas que van mucho más allá de la simple participación en reuniones sobre punto de interés para el sector para dar cuenta a sus asociados.

La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de septiembre de 2013 declara la existencia de una conducta anticompetitiva contraria al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que resulta responsable -entre otros operadores y agentes económicos- la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de

Contenedores, con base en la valoración de un conjunto de elementos de prueba de cargo suficiente, reunida en la tramitación del expediente sancionador, consistente en las actas de reuniones de las asociaciones de transportistas, correos electrónicos de las asociaciones implicadas, y otra documentación obrante en el expediente que no puede considerarse irrazonable ni arbitraria.

De todo lo expuesto se deriva no sólo que existe abundante prueba de las actividades imputadas a las asociaciones y sociedades sancionadas y de la participación en ellas de la asociación recurrente, sino también que dichas conductas tendían de manera evidente a controlar y "administrar" la actividad de transporte de contenedores en el puerto de Valencia, lo que constituye sin duda una conducta colusoria contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Asimismo, la prolongada duración de tales actividades a lo largo de más de una década y la variedad de las actuaciones desarrolladas acreditan que, en contra de lo que sostiene la recurrente, tales comportamientos se enmarcan en una finalidad coherente y deliberada por parte de los sujetos participantes, consistente en el referido control de la actividad sometida a examen, lo que concuerda con la calificación de dichas conductas como una infracción continuada.

Por ello, estimamos que carece de fundamento la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la Asociación recurrente, respecto de que no ha participado en ningún acuerdo de fijación de precios y condiciones económicas o de servicio de reparto de mercado ni de limitación o control de la producción el sector de transporte terrestre de contenedores con origen/destino en el Puerto de Valencia, en cuanto hemos confirmado la ilicitud de los acuerdos de fijación de precios de los servicios de transporte por carretera de contenedores con origen o destino en el Puerto de Valencia, en varias sentencias de este Tribunal, entre ellas en las STS nº 2517/2016, de 28 de noviembre de 2016 (rec. 699/2016) interpuesto por la Asociación Transcont Comunidad Valenciana y la STS nº 2505/2016, de 23 de noviembre de 2016 (rec. 1048/2016) interpuesto por la Asociación de Transportistas de Contenedores Valencianos (TRANSCONVAL) entre otras.

Se alega también que las conductas están legalmente amparadas por el artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por el principio de confianza legítima, alegación que no puede ser acogida.

No resulta aplicable el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley, pues los acuerdos de fijación de precios del transporte de contenedores por carretera suscritos por los operadores del Puerto de Valencia no tienen cobertura jurídica ni en la legislación reguladora de los contratos de transporte terrestre de mercancías ni en la legislación de Puertos del Estado.

En este sentido, consideramos que ni la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, ni el Texto Refundido de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2001, de 5 de septiembre, que establecen cláusulas generales sobre las tarifas aplicables en función de los costes o en relación con las revisiones de precios, habilitan a los operadores que desarrollan su actividad en el Puerto de Valencia a acordar compromisos relativos a la prestación del servicio de transporte de contenedores por carretera, que, por su objeto, son restrictivos de la libre competencia.

El artículo 18 LOTT contempla la posibilidad de que la Administración de transportes establezca tarifas obligatorias o de referencia, en los supuestos que el propio precepto determina por razones de interés público, pero lo que en ningún caso autoriza la LOTT son los acuerdos de fijación de precios o de otras condiciones del servicio por los propios transportistas, mediante acuerdos de homogeneización de conductas como sucedió en el presente caso.

Tampoco los artículos 22 y 38 LCTTM que la parte invoca respaldan tal alegación. Singularmente el artículo 39 contempla la revisión de precios de transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo, normas que no sustentan el comportamiento desarrollado por la recurrente, que se ha descrito y que no guarda relación con el precepto invocado.

Si la legislación de transporte no ofrece duda sobre la falta de cobertura normativa de conductas como las descritas en los hechos probados de la resolución sancionadora, menos confusión o incertidumbre todavía puede apreciarse desde la perspectiva de la LDC, que con toda claridad incluye entre las conductas prohibidas del artículo 1 los acuerdos de fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

Sexto. *Sobre la vulneración del principio de confianza legítima.*

Subsidiariamente, solicita la nulidad de la resolución por vulneración del principio de confianza legítima. Y ello por entender que la resolución administrativa considera a la Autoridad Portuaria de Valencia y a la Consejería

de Infraestructura de Transporte de la Comunidad Valenciana como responsables de una infracción del art. 1 de la LDC y 101 del TFUE , por lo que, dado su papel activo en las conductas que se imputan, la Asociación recurrente podía suponer que la Administración actuaba presumiblemente en cumplimiento de la legalidad, por lo que confió en estar actuando conforme a derecho.

Por otra parte, el Ministerio de Fomento proporcionaba información concreta sobre los costes directos de la actividad por lo que la asociación razonablemente podía considerar que el que ella proporcionase esa información era legítimo y se encontraba dentro de su objeto como asociación. De modo que la Asociación tenía el pleno convencimiento de actuar conforme a la ley a la vista del comportamiento del Ministerio de Fomento, de la Autoridad Portuaria y de la Consejería, por lo que entiende que concurren los requisitos para que se aplique la confianza legítima.

Tal alegación no puede ser acogida.

El derecho a reclamar la protección de la confianza legítima presupone que concurren tres requisitos acumulativos, que, en este supuesto, estimamos que no concurren. En primer lugar, que la Administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables. En segundo lugar, que estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen. En tercer lugar, que las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables.

Esta Sala ha insistido en numerosas ocasiones, entre ellas en sentencias de 21 de febrero de 2006 (recurso 5959/2001), 20 de junio de 2006 (recurso 9438/2003) y 17 de mayo de 2013 (recurso 441/2010), en que el principio de confianza legítima debe examinarse desde el casuismo de cada decisión.

A este respecto, ya sostuvimos en la STS nº 2385/2016, de 7 de noviembre de 2016 (rec. 1047/2016), en relación con la sanción impuesta a la Asociación Naviera Valenciana (ANV), en relación con este mismo expediente que la intervención de la Autoridad Portuaria o de la Conselleria de Transporte de Valencia no exime de responsabilidad a la asociación recurrente por alcanzar acuerdos anticompetitivos contrarios al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

La intervención de la Autoridad Portuaria de Valencia o de la Consultora de Infraestructuras y Transporte de la Comunidad Valenciana en algunas de las reuniones, que concluyeron con la suscripción de acuerdos de tarifas aplicables a los servicios de transporte de contenedores por carretera con origen o destino en el Puerto de Valencia, no exime de responsabilidad a la citada Asociación de empresas consignatarias y estibadoras, por alcanzar acuerdos anticompetitivos contrarios al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

En este sentido, cabe significar que el principio de protección de la confianza legítima no puede invocarse por un operador económico para justificar la falta de culpabilidad en la comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, cuando pudo prever que la participación de instituciones públicas en la adopción de los acuerdos anticompetitivos no privaba a éstos de su antijuricidad e ilicitud.

En la sentencia STS nº 2517/2016, de 28 de noviembre de 2016 (rec. 699/2016) dijimos que:

«Sin duda la participación de una entidad pública puede ser un factor a tener en cuenta a la hora de valorar la apariencia de legalidad de una determinada actuación. Sin embargo, la relevancia que pueda tener tal participación está sujeta a las circunstancias concretas del caso, y en el supuesto presente dicha circunstancia no tiene la trascendencia exculpatoria que pretende la actora. En primer lugar y como ya se ha señalado, por la existencia de una infracción continuada integrada por numerosas actuaciones, entre las que se cuenta la elaboración del citado documento, y que constituirían una infracción de análoga gravedad y trascendencia anticompetitiva. En segundo lugar, la presencia de un organismo público como la Autoridad portuaria en ningún caso supone un aval de legalidad ni exime de antijuricidad a una actuación claramente colusoria y contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia . [...]

En tercer lugar, la Asociación recurrente tiene la capacidad y asesoramiento jurídico como para valorar la trascendencia jurídica de sus actuaciones, y no puede alegar como exculpatoria una circunstancia que por sí sola en modo alguno puede calificarse como determinante de la licitud o ilicitud de una conducta.»

Por otra parte, no se cita ni se identifica por la sociedad recurrente ninguna concreta actuación de la Conselleria Valenciana que hubiera podido generar la creencia de que su actuación era correcta desde la perspectiva que nos ocupa. Lo mismo sucede con la invocación del Observatorio de costes del transporte de mercancías por carretera del Ministerio de Fomento y el suministro de cierta información que en modo alguno justifica ni fundamenta la creencia en la empresa recurrente de que proporcionar la información en la forma y con la finalidad descritas «se encontraba dentro de su objeto como asociación». En fin, ni las Órdenes Ministeriales citadas ni los

Acuerdos a los que apela la parte pueden considerarse aptos o idóneos para generar o provocar la creencia en la recurrente de estar ajustando su comportamiento a las exigencias derivadas de la normativa sobre competencia.

Séptimo. Sobre la proporcionalidad de la sanción.

Subsidiariamente se denuncia la infracción de los artículos 63 y 64 de la LDC y del art. 9.3 de la CE .

La entidad recurrente considera que la sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad por varias razones:

a) Inaplicación retroactiva del art. 63 de la LDC . A juicio de la entidad recurrente no se ha respetado el principio de irretroactividad de la norma sancionadora menos favorable, pues al tratarse de una asociación la ley más favorable en términos generales es la LDC de 1989, pues en esta última no existía una previsión como la contenida en el art. 63 de la LDC cuando afirma que «el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros», mientras que en el art. 10 de la Ley 16/1989 se dispone que las infracciones de la LDC solo podían sancionarse con multas de hasta 901.518,16 €, tal y como se reconoció en la resolución del Consejo CNC de 6 de octubre de 2011 (expediente S/0167/2009) que realizó la compasión de ambas legislaciones.

En nuestra sentencia nº 2418/2016, de 11 de noviembre de 2016 (rec. 617/2016) ya respondimos a esta misma alegación afirmando:

«[...] Los argumentos de la parte recurrente respecto de la existencia de un límite máximo de 150 millones de pesetas (901.518,16 €) en la LDC 16/1989 para las infracciones de las asociaciones empresariales, no tienen amparo en el artículo 10.1 de dicho texto legal, que habilitaba al Tribunal de Defensa de la Competencia para la imposición a los agentes económicos, empresas, "asociaciones", uniones o agrupaciones de aquellas, que deliberadamente o por negligencia infrinjan los artículos de la ley que indica, "multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 1000 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal", sin hacer el precepto ninguna excepción respecto de la inaplicación de dicho incremento a alguno de los sujetos que podían ser sancionados y que se citan al inicio del artículo.

También el artículo 63 de la LDC 15/2007 establece como límite máximo de las sanciones que los órganos competentes pueden imponer a los agentes económicos, empresas y asociaciones "el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior", luego no puede considerarse que se trate de una norma desfavorable por razón del importe máximo de las sanciones. Es cierto que el precepto indicado cita a la "empresa infractora" cuando fija los respectivos límites de las infracciones leves, graves y muy graves, pero en su inicio incluye también a las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, y a continuación de la fijación de los importes máximos de las sanciones deja claro que el indicado límite máximo opera también respecto de las asociaciones, al indicar que "el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros".

También la jurisprudencia de esta Sala es contraria a la tesis que defiende la parte recurrente.

Así, la sentencia de este Tribunal de 24 de octubre de 2006 (recurso 818/2004), estimó que opera el límite del 10 por ciento del volumen de ventas en relación con la multa impuesta a Mundosocial, que era una Agrupación de Interés Económico, figura asociativa regulada por la Ley 12/1991, de 29 de abril.

Asimismo este Tribunal ha resuelto, sin modificación de las cuantías de las sanciones, recursos de casación en los que diversas asociaciones fueron sancionadas por la CNC con multas por encima de la cifra de 901.518,16 € (150.000.000 de pesetas), como la sentencia de 8 de marzo de 2012 (recurso 3227/2009), que desestimó el recurso de la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), confirmando los criterios que mantuvo la Sala de instancia, que no había apreciado infracción del artículo 10 LDC 16/1989.

En el mismo sentido, las sentencias (dos) de esta Sala de 16 de febrero de 2015 (recursos 940/2012 y 4182/2012), en relación con dos asociaciones de empresas de transporte de contenedores que operaban en el Puerto de Barcelona (TRANSCONT y ALTC), si bien anularon las sanciones impuestas por entender que la CNC había aplicado criterios distintos de los contemplados por el artículo 10 de la LDC 16/1989, señalaron en relación con dichas asociaciones de empresas que no hay duda alguna que el límite máximo de la sanción es el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio inmediato anterior a la resolución del Tribunal, ordenando a la CNC que impusiera la multa en el porcentaje que resulte sobre el volumen de negocios de los asociados a las asociaciones recurrentes».

b) Indebida interpretación del límite máximo del 10%, pues de conformidad con lo afirmado en la SAN de 24 de junio de 2013 (rec. 29/2012) y la STS de 18 de julio de 2013 (rec. 707/2011) el límite máximo de la sanción económica no se refiere al volumen de negocio total del infractor, sino del negocio afecto por la infracción, en este caso, el transporte terrestre por carretera con origen o destino en el puerto de Valencia, evitando el computo del volumen de la actividad de las empresas que se refieren a las mismas prestaciones para evitar duplicar artificialmente el ámbito afectado por la supuesta infracción.

También esta alegación ha sido abordada por este Tribunal en sus STS nº 2505/2016, de 23 de noviembre de 2016 (rec. 1048/2016) dijimos:

«Por lo demás, añade que no se ha considerado el límite máximo del 10% del volumen de negocios, que en la tesis de la recurrente, no se refiere al volumen de negocios total del infractor sino del negocio afectado por la infracción, en este caso, el transporte terrestre de mercancías por carretera, con origen o destino en el Puerto de Valencia. Pues bien, sobre esta misma cuestión nos hemos pronunciado en diferentes sentencias, por todas las de 20 de enero de 2015 dictadas en los recursos de casación 1580/13 y 1746/14 y en otros pronunciamientos posteriores, en las que se reproducen las consideraciones expuestas en la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (casación 2872/13), cuyos fundamentos quinto a noveno tienen el siguiente contenido:

«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".

Aún 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", añadida, 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 "sufren" 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.»

No puede acogerse su pretensión de suprimir la agravante de instigación, pues de la lectura de la resolución administrativa se constata la participación activa y continuada de la Asociación ELTC desde el inicio. El material probatorio que acredita esta participación destacada de ELTC en la conducta sancionada esta documentada y ha participado en todas las conductas sancionadas (acuerdos tarifarios, negociaciones de repercusión del IPC gasóleo y control de su aplicación, ceración de censos, registros y las mesas de transporte etc [...]) y siendo el instigador de la participación de otros operadores, por lo que es procedente mantener la agravante aplicada.

Sin que tampoco se aprecien circunstancias, como la especial colaboración con la Administración actuante, que pueda considerarse relevante para aminorar su sanción.

Ello no obstante, la resolución impugnada se reconoce de forma expresa (FD 10º) que para el cálculo de la multa el Consejo ha aplicado la «Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de las infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea», y con arreglo a los criterios contenidos en la misma, ha tenido en cuenta, de acuerdo con el párrafo 10 de la Comunicación, el volumen de ventas obtenidas por el infractor durante el tiempo de la infracción, sobre el que aplicó el tipo correspondiente en función del conjunto de características y gravedad de la infracción, que puede llegar al 30% del indicado volumen de ventas, a fin de obtener el importe básico.

En la sentencia de esta Sala, de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) y en otras posteriores, entre otras la STS nº 2505/2016, de 23 de noviembre de 2016 (rec. 1048/2016) referida a este mismo expediente, nos hemos pronunciado sobre la no conformidad a derecho de la cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de la competencia, llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de la CNC, porque implica en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, que puede alcanzar un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. Como explica la STS a que nos hemos referido, el método propuesto por la Comunicación de la CNC «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», por lo que llegamos a la conclusión de que este método de cálculo «podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea [...] pero no se aviene con la norma legal española.»

Procede, por tanto, al igual que en los casos resueltos por la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 , y en otras posteriores en los que la CNC cuantificó el importe de las sanciones de acuerdo con los criterios de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, como las sentencias (dos) de 16 de febrero de 2015, antes referenciadas y de 1 de abril de 2016 (recurso 3691/2013), la estimación parcial del recurso contencioso administrativo en el extremo del cálculo del importe de la multa, al ser contrarios a derecho los criterios de cuantificación aplicados por la resolución impugnada de la CNC, atemperando esta declaración en el sentido siguiente:

A) Por un lado, el volumen de negocios total a considerar ha de ser, de acuerdo con el artículo 63 LDC , el del ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, en este caso por tanto el del ejercicio 2012.

B) Por otro lado, es improcedente el cálculo de la sanción efectuado con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, debiendo verificarse en el porcentaje debidamente motivado que resulte procedente de acuerdo con las circunstancias del caso, en sintonía con los criterios de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 , con la limitación de la reformatio in peius, sin que en ningún caso pueda resultar una sanción por importe superior al de la multa de 12.692.462 € que ahora se anula.

Estamos de acuerdo, con las apreciaciones efectuadas por la citada resolución sancionadora respecto a la gravedad y relevancia de la participación de ELTC en las actuaciones anticompetitivas descritas.

Octavo. Costas.

De acuerdo con lo prevenido en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede la imposición de costas ni en la instancia, dadas las dudas de derecho que concurren en el caso, ni en la casación.



FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.

Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2016 (rec. 574/2013), que casamos y anulamos.

Segundo.

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la "Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores" contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de septiembre de 2013 por la que se impuso a dicha empresa una sanción de multa por infracción del art. 1 de la LDC , que anulamos en los términos expuestos en esta sentencia en lo relativo a la cuantificación de la sanción impuesta a la entidad demandante, que deberá ser recalculada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados y los términos expresados en esta sentencia, sin que en ningún caso pueda resultar una sanción por importe superior al de la multa que ahora se anula.

Tercero.

No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en el proceso de instancia ni de las originadas en el recurso de casación.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat
 D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech
 D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso
 D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Diego Cordoba Castroverde , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.