

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no puede aplicar retroactivamente el sistema de cálculo de las sanciones vigentes a hechos anteriores a su entrada en vigor cuando resultan desfavorables para el sancionado

Anula la Sala la sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -CNMC- por la comisión de dos infracciones muy graves que afectan a una infraestructura necesaria para los radiodifusores cuya actividad tiene naturaleza de servicio de interés general, habiendo fijado la cuantificación de la multa conforme a los criterios establecidos en el art. 10 de la Ley de Defensa de la competencia de 1989.

Declara el Tribunal que el art. 9.3 de la CE, que garantiza el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, en relación con el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, se opone a que la CNMC aplique, para determinar la cuantía de la sanción de multa criterios jurisprudenciales interpretativos del art. 10 de la Ley de Defensa de la competencia, de forma sobrevenida, que no fueran previsibles ni en el momento de la comisión de la infracción de abuso de posición de dominio u otras conductas anticompetitivas, ni al tiempo de adoptarse la resolución sancionadora, siempre que supongan una agravación de la sanción impuesta. Tampoco la Comisión está habilitada para aplicar retroactivamente la metodología de cálculo de las sanciones establecido en los arts. 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, a hechos anteriores a su entrada en vigor cuando tenga consecuencias desfavorables para el sancionado.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 3.^a

Sentencia 1648/2024, de 18 de octubre de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 8113/2022

Ponente Excmo. Sr. JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

En Madrid, a 18 de octubre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado con el número 8113/2022, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Mercedes Caro Bonilla, en nombre y representación de CELLNEX TELECOM S.A., bajo la dirección letrada de Jaime Almenar Belenguer y Mónica Romero Martínez, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2022, dictada en el recurso contencioso-administrativo 572/2016, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de septiembre de 2016, recaída en el expediente S/0646/08, AXION/ABERTIS.

Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 572/2016, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 27 de julio de 2022, cuyo fallo dice literalmente:

"Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CELLNEX TELECOM, S.A., contra la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 29 de septiembre de 2016, recaída en el expediente S/0646/08, AXION/ABERTIS, con expresa condena en costas a la actora. "

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo, con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

"TERCERO.- El cuanto a la primera queja, la resolución impugnada no hace más que seguir los criterios fijados por la sentencia del Tribunal Supremo. Y nos referimos a que la sentencia dijo con toda claridad que la nueva sanción se debería cuantificar " [c]iñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10, sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 [...]". Es decir, la posible aplicación retroactiva, aunque no se expresa en esos términos, pudo tener lugar con ocasión de la graduación de la primera multa que fue anulada, pero no de la dictada en ejecución de la decisión del Tribunal Supremo. Al contrario, cuando se dicta el nuevo acuerdo sancionador y se hace referencia a los criterios aplicativos, se recogen expresamente los contemplados en el artículo 10 de la Ley 16/1989, y nada refleja que hubieran sido otros los criterios seguidos.

El argumento nuclear de la demanda reside en su falta de motivación. Podemos anticipar que no compartimos las críticas de la actora. Vemos que el acuerdo impugnado, en la tarea explicar y justificar su decisión, hace varias puntualizaciones:

- 1.- Se indica expresamente que se sancionan dos infracciones muy graves que afectan a una infraestructura necesaria para los radiodifusores cuya actividad tiene naturaleza de servicio de interés general.
- 2.- Cuando se refiere al mercado, puntualiza que la dimensión del mercado es nacional con afectación a los mercados intracomunitarios.
- 3.- Por lo que se refiere a su duración, se fija en tres años con efectos prolongados más allá en el tiempo.
- 4.- Se constata que las conductas han sido desarrolladas por el antiguo monopolista en un mercado de reciente liberalización en el que CELLNEX tenía una cuota del 69% en el servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual, y se trata de una conducta exclusionaria con efectos de cierre en el mercado.
- 5.- Por último, no se apreciaron atenuantes ni agravantes.

Añade que el reproche sancionador debería situarse en el tramo superior del arco sancionador que discurre del cero al 10% de las ventas totales para 2008 (del 6,66 al 10% de la escala). A pesar de que la actora no indica de cual sería el porcentaje sancionador concreto que correspondería imponer a la entidad por la infracción imputada dentro de ese tramo superior del arco sancionador, si lleva a cabo lo que denomina ajuste de proporcionalidad con el objeto de evitar una sanción desproporcionada. Para ello parte de lo que denomina beneficio ilícito potencial que constituye "una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes", aunque se queja la demanda de que no se ofrece información de cómo se lleva a cabo este cálculo.

Sin embargo, la resolución afirma que "[E]stos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante como los Ratios Sectoriales de las Sociedades no Financieras del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, las estimaciones se basan en la literatura económica. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico y, en caso de duda, se toman los más favorables a las empresas [...]"

Concluye la resolución que el importe de la multa, que hace compatible el fin disuasorio con el principio de proporcionalidad, debe fijarse en el 5% del volumen de negocios total en 2008 de la empresa infractora, lo que implica una sanción de 18.717.500 euros que sí respeta el límite de la *reformatio in peius*.

Todas estas razones dadas por la Administración y que son expresamente recogidas en la propia demanda, no se consideran de entidad suficiente de cara a la motivación. Sin embargo, a juicio de esta Sala son claros elementos que sirven para explicar la decisión que toma la Administración en la cuantificación de la nueva sanción, así como una ponderada y explicada motivación. Debemos tener presente que esta Sala ha reiterado en reiteradas sentencias, entre las que podemos recordar las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que "[...]los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 123/81). [...]"

SEGUNDO. - Contra la referida sentencia, la representación procesal de CELLNEX TELECOM S.A. preparó recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo preparado mediante auto de 7 de noviembre de 2022, que al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 1 de junio de 2023., cuya parte dispositiva dice literalmente:

" 1.º) Admitir a trámite el recurso de casación n.º 8113/2022 preparado por la entidad CELLNEX TELECOM S.A contra la sentencia de 27 de julio de 2022 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo n.º 572/2016.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en consiste determinar si resulta contrario a los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española el que por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se aplique la metodología de cálculo de multas diseñada como consecuencia de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras su sentencia de 29 de enero de 2015, para sancionar infracciones cometidas con anterioridad a la implantación de dicha metodología; en concreto, al considerar el volumen de negocios total en todas las actividades económicas de la sancionada sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa.

3.º) La normas que, en principio serán objeto de interpretación, son los artículos: 9.3 y 25.1 de la Constitución Española y el artículo 26.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos."

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 20 de junio de 2023., habiendo sido admitido a trámite el recurso de casación, y recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se establece que una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. La Procuradora de los Tribunales Mercedes Caro Bonilla, en nombre y representación de CELLNEX TELECOM S.A. presentó escrito de interposición del recurso de casación el 26 de julio de 2023, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, lo admita y, en su virtud, tenga por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia y, previa la tramitación correspondiente, dicte sentencia que interprete los artículos 9.3 y 25 CE, así como del artículo 26.1 de la LRJSP, y resuelva la cuestión sometida a este recurso de casación, de manera que:

Confirme que la aplicación retroactiva por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de la metodología de cálculo de multas diseñada como consecuencia de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras su sentencia de 29 de enero de 2015, para sancionar infracciones cometidas con anterioridad a la implantación de dicha metodología resulta contraria a los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española y el artículo 26.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

En consecuencia, anule la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2022, conforme al artículo 93.1 de la LICA y la Resolución de 29 de septiembre de 2016 por la que resolvió imponer a mi representada una multa de 18.717.500 euros. Imponga las costas a la Administración demandada. "

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 7 de septiembre de 2023, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada, para que pueda oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que efectuó mediante escrito de oposición de fecha 8 de noviembre de 2023, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyo con el siguiente SUPPLICO:

"que teniendo por presentado este escrito de oposición lo admita para resolver este recurso por sentencia que, fijando la doctrina interesada en el fundamento jurídico sexto, DESESTIME el recurso y confirme la sentencia recurrida. "

SEXTO.- Por providencia de 11 de diciembre de 2023, se acuerda no ha lugar al señalamiento de vista; y por providencia 7 de junio de 2024 se designo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y se señala este recurso para votación y fallo el 8 de octubre de 2024 fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso relativo a la impugnación de la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2022.

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la mercantil CELLNEX TELECOM S.A., al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2022, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de septiembre de 2016, recaída en el expediente S/0646/08 AXION/ABERTIS, que acordó imponer a la mencionada sociedad, en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2015, y en sustitución de la multa inicialmente impuesta, la multa de 18.715.500 euros.

La sentencia impugnada, cuya fundamentación jurídica hemos transcrito en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, desestima el recurso contencioso-administrativo con base en el razonamiento de que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impugnada no hace más que seguir los criterios fijados en la sentencia del Tribunal Supremo, que determinó que la multa se cuantificará conforme a los criterios establecidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, sin que, a tal efecto, puedan seguirse las pautas establecidas en la comunicación de la Comisión de 6 de febrero de 2009, lo que permite excluir que se haya producido una aplicación retroactiva de la normativa reguladora de las infracciones sancionadoras en materia de defensa de la competencia.

Se expone, en último termino, que la sanción se ha impuesto de forma motivada, atendiendo a la naturaleza de la infracción muy grave, que afecta a la infraestructura necesaria para el desarrollo de la actividad de radiodifusión, que constituye un servicio de interés general, la dimensión del mercado, la duración, que es de tres años con efectos prolongados en el tiempo, y que dichas conductas constitutivas de abuso de posición de dominio, son ejecutadas por una empresa que tiene un 69 % de cuota de mercado, en el servicio de transporte y de difusión de la señal audiovisual, y, asimismo, se refiere que se ha respetado el principio de proporcionalidad.

El recurso de casación se fundamenta en la vulneración de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución española, así como del artículo 26.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que prevén la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables.

Se cuestiona que la sentencia impugnada (como la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), porque aplican retroactivamente la metodología de cálculo de las sanciones introducida por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, lo que se justifica estimando que la dicción del artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo que concierne a la expresión "volumen de negocios total", es equivalente al concepto "volumen de ventas" que emplea el artículo 10 de la Ley anterior 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, pues ello supone validar la aplicación retroactiva de un criterio sancionador desfavorable.

Se invoca, al respecto, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, recaída en el asunto Del Río Prada contra España, que pone de relieve que la práctica interpretativa jurídica y la jurisprudencia forman parte del principio de legalidad penal, de modo que la modificación desfavorable de las prácticas anteriores, aun cuando la redacción literal de la norma lo permitiera, no puede aplicarse de forma retroactiva en la imposición de sanciones que se adopten cuando la modificación de la práctica no se había producido.

Se alega que antes de la Ley 15/2007 y de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, la base de cálculo de las multas consideraba el volumen de ventas afectadas por la infracción, pero, sin embargo, conforme a la nueva metodología, el límite del 10% se aplica necesariamente sobre el volumen de negocios total, incluyendo todas las ventas de la empresa, tanto las afectadas como las no afectadas.

SEGUNDO.- Sobre el marco normativo aplicable.

Antes de abordar, concretamente, el examen de las infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que aduce la parte recurrente, procede dejar constancia de las normas jurídicas que resultan relevantes, así como de las sentencias del Tribunal Supremo que inciden en la resolución del presente recurso de casación.

A) El Derecho Estatal

El artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, bajo el epígrafe "Multas sancionadoras", dispone:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas 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 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.

b) La dimensión del mercado afectado.

c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

3. Además de la sanción que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de pesetas a sus representantes legales, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidos de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvando su voto.

4. No se impondrán multas por infracción del artículo 1, si se solicitare la autorización prevista en el artículo 4, por las conductas a que se refiere la petición realizadas en el período comprendido entre la presentación de la solicitud y la decisión sobre la misma. Lo anterior no se aplicará cuando el Tribunal, tras un examen provisional de la solicitud, hubiera adoptado una decisión oponiéndose a la ejecución de los actos que constituyen su objeto."

El artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, bajo el epígrafe "Sanciones", en la redacción anterior al Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, dispone:

"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 por ciento 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 por ciento 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 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

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.

2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

3. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

- a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.
- b) Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros.
- c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros."

B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002 (RC 8088/1997), en relación con la aplicación del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, dijimos:

"El artículo 10 de la Ley 16/1989 faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia para imponer a los agentes económicos infractores multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuya cuantía debe fijarse atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual, añade el precepto, se tendrán en cuenta los siguientes factores: a) la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) la duración de la restricción de la competencia; y f) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

La resolución impugnada impone la multa de 55 millones de pesetas (en la franja inferior de las posibles) en atención a cuatro de los criterios del artículo diez de la Ley 16/1989 antes reseñados, cuales son la modalidad y alcance de las restricciones de competencia, la dimensión del mercado afectado, el efecto de la conducta sobre los consumidores y la duración, "en este caso breve", de la restricción de la competencia. Utiliza, además, como factor adicional para moderar la cuantía de la sanción pecuniaria el hecho de que "[...] con respecto a las siete empresas del grupo de la española "FRINT ESPAÑA S.A.", intervención redundó en el descubrimiento de los acuerdos colusorios de las otras nueve empresas incursoas en este expediente." Hubiera sido conveniente precisar algo más cada uno de aquellos factores y qué incidencia tenían en la fijación del quantum final.

Por nuestra parte, hemos de hacer a este respecto unas consideraciones análogas a las que hicimos respecto de las cuestiones de hecho. Dada la naturaleza de esta clase de recursos extraordinarios, no corresponde al órgano de casación sustituir la apreciación de la Sala de instancia cuando ésta se

pronuncia sobre el importe de las multas, en atención a los diversos factores de hecho que estime concurrentes en cada infracción, salvo que dicha apreciación vulnere, por sí misma, una regla imperativa de derecho. Lo contrario equivaldría a transformar el recurso de casación en un nuevo examen general de los hechos y de sus circunstancias para decidir si una multa en concreto, impuesta dentro de los límites legales, es más o menos proporcionada. A salvo casos de irracionalidad o arbitrariedad, las apreciaciones de este género que hagan las Salas de instancia deben prevalecer en casación.

Desde esta perspectiva, el juicio de proporcionalidad llevado a cabo por la Sala de instancia no nos parece arbitrario ni irracional. Ha de tenerse en cuenta, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, 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, 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."

En la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), en relación con la aplicación del artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sostuvimos:

"La Sala de instancia se plantea el problema interpretativo de "determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora". Y, atendidos los criterios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y "ámbito de vulneración", concluye que "[...] el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción".

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

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

La utilización de una magnitud como el "volumen de negocios" para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si se aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta

sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción).

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

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

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

TERCERO.- Sobre las infracciones del ordenamiento jurídico en que se fundamenta el recurso de casación, referidas a la vulneración de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución y del artículo 26.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, tal como se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 1 de junio de 2023, consiste en determinar si

resulta contrario a los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española el que por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se aplique la metodología de cálculo de multas diseñada como consecuencia de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras su sentencia de 29 de enero de 2015, para sancionar infracciones cometidas con anterioridad a la implantación de dicha metodología; en concreto, al considerar el volumen de negocios total en todas las actividades económicas de la sancionada sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa.

Delimitada, en estos estrictos términos, la controversia casacional, esta Sala considera que la sentencia impugnada ha vulnerado el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, en relación con el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, que enuncia el artículo 25 de la Ley Fundamental, al no apreciar que la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de septiembre de 2016, adoptada para ejecutar la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2015 (RC 2064/2013) debía ser declarada nula, por ser disconforme a derecho.

Sostenemos, al respecto, que el Tribunal de instancia no toma en debida consideración que la resolución impugnada, en lo que concierne a la determinación de la cuantía de la sanción de multa, aún cuando se sustenta, formalmente, en la aplicación de los umbrales máximos y criterios de graduación establecidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, introduce un criterio interpretativo de esta disposición, en referencia a la magnitud "volumen de ventas", que se parifica con el concepto de "volumen de negocios total", que el artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, refiere para fijar el límite máximo de las sanciones pecuniarias en los supuestos infractores de las normas del Derecho de la Competencia, que, por respeto al principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, resulta aplicable tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 15/2007.

En efecto, mantenemos que el Tribunal de instancia ha conculcado el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables al imponer en la determinación de la sanción una interpretación del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia que, en su apartado 1, establece que "el Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas 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 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal", por cuanto contradice la práctica administrativa de las autoridades de competencia, y aplica un criterio interpretativo que no se encuentra avalado con claridad por la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y que estimamos desfavorable para la compañía sancionada.

En este sentido, apreciamos que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas exige -en su dimensión vinculada al principio de lex certa, al principio de seguridad jurídica y al principio de confianza legítima- el cumplimiento de los requisitos de certidumbre y de previsibilidad, de modo que la normativa sancionadora debe definir con claridad y precisión los supuestos y las circunstancias fácticas y jurídicas de su aplicación, para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad y permitir a las potenciales personas responsables prever, en términos razonables, cuales son las consecuencias derivadas de una conducta o de un comportamiento ilícitos.

Por tanto, en el caso que enjuiciamos, consideramos que la sentencia impugnada ha infringido los artículos 9.3 y 25 de la Constitución, al confirmar la licitud de una sanción que se ha impuesto, -en

relación con la determinación de la cuantía-, con base en un criterio jurisprudencial formulado en relación con el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, que no se había fijado en el momento de la comisión de los hechos, ni al adoptarse la resolución sancionadora originaria, en la medida que supone una aplicación retroactiva de una doctrina sentada con posterioridad, interpretando el artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Cabe, asimismo, subrayar, al respecto, que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2015, que resuelve el recurso de casación 2064/2012, que ejecuta la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a través de la resolución impugnada ante la Audiencia Nacional, y que fue ratificada por la sentencia impugnada en este recurso de casación, ya había cuestionado la cuantificación de la sanción, al considerar que se había aplicado de forma retroactiva y encubierta el método de cálculo que fue ideado para la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, siendo en este caso de aplicación la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, en los siguientes términos:

"se alega la infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 9.3 y 25.1 del texto constitucional, al haberse vulnerado el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables en relación con la determinación del importe de la sanción. Según la recurrente, de los cálculos hechos por la Comisión Nacional de la Competencia y de determinados requerimientos que se practicaron antes de imponer la multa se infiere que se ha aplicado, sin mencionarla, la Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, más desfavorable que la normativa que habría resultado aplicable *ratione temporis*.

Este motivo debe ser acogido.

Habiéndose formulado en el proceso de instancia, este alegato de que el importe de la multa se había fijado aplicando la comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, la Sala de la Audiencia Nacional lo desestima con alguna ligereza, limitándose a señalar que "...no resulta de la lectura de la Resolución que se le hubiera aplicado tal criterio" (fundamento sexto de la sentencia).

Frente a esa lacónica respuesta, lo cierto es que si se realizan las sencillas operaciones que propone la recurrente se constata que, en efecto, la cuantificación de la multa se ha llevado a cabo siguiendo los criterios de la Comunicación de Multas de 18 de febrero de 2009, pues, aunque la resolución sancionadora no menciona esa Comunicación, lo cierto es que a partir de las magnitudes de ingresos de los años 2006 a 2008 que había facilitado Retevisión [50.928.737,21 € para el año 2007, 49.702.290,91 € para el 2007 y 50.069.729,97 € para el 2008, lo que supone un total para los tres ejercicios de 150.700.753,69 euros] la resolución aplica, sin mencionarlos, los coeficientes reductores previstos en el apartado 15 de la Comunicación de Multas (0,75 para el año 2007 y 0,50 para el 2006), pues sólo de ese modo se explica que la cifra de ingresos que la resolución toma como base para calcular la multa no sea la cifra facilitada por Retevisión (150.700.753,69 €) sino la cantidad de 113.294.315,88 €, que es precisamente la que se obtiene aplicando aquellos coeficientes. Y una vez determinada esa cantidad base, la resolución sancionadora sigue los pasos y criterios previstos en aquella Comunicación - siempre sin mencionarla- y aplica el porcentaje del 20% que en ella se contempla para las infracciones muy graves, resultando de ello la cifra de 22.658.863 €, que es la multa que se impone.

Es claro entonces que, por más que la resolución sancionadora haya pretendido camuflarlo, y aunque la sentencia de instancia no lo haya detectado, la cuantificación de la multa se llevó a cabo aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009. Y ello es contrario a derecho no sólo porque, como señala la recurrente, supone la aplicación retroactiva de un método de cálculo que fue ideado para la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, siendo en este caso de aplicación la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, sino porque incluso para los procedimientos

sancionadores regidos por la Ley 17/2007 esta Sala, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), ha declarado en reiteradas ocasiones que *“ el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia “*.

Ello conduce a concluir que el motivo decimotercero debe ser estimado, pues el cálculo de la multa de ha realizado en este caso siguiendo -aunque de manera encubierta- los criterios de la Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, cuando la Comisión Nacional de la Competencia debiera haberse atendido a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio."

En último término, debemos poner de relieve que la modificación del artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, debido al Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores y en la prestación de servicios transaccionales y defensa de los consumidores, evidencia la voluntad del legislador de establecer como parámetro para la determinación del límite máximo de las sanciones impuestas por infracción de las normas de competencia conceptos diferenciados, referidos a "volumen de ventas", "volumen de negocios total" y "volumen de negocios total mundial", con la finalidad de agravar el reproche debido a las compañías infractoras, dada la relevancia de esta tipología de comportamientos colusorios para el desarrollo del mercado interior en la Unión Europea, en consonancia con la normativa adoptada por el Consejo y el Parlamento Europeos, que persigue como objetivos asegurar la aplicación efectiva del Derecho de la competencia y garantizar mercados competitivos más abiertos y justos.

CUARTO.- Sobre la fijación de doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución en relación con la aplicación del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación, que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia declara que:

El artículo 9.3 de la Constitución española, que garantiza el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, en relación con el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas (artículo 25 CE), se opone a que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aplique, para determinar la cuantía de la sanción de multa criterios jurisprudenciales interpretativos del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, de forma sobrevenida, que no fueran previsibles ni en el momento de la comisión de la infracción de abuso de posición de dominio u otras conductas anticompetitivas, ni al tiempo de adoptarse la resolución sancionadora, siempre que supongan una agravación de la sanción impuesta. Tampoco la Comisión está habilitada para aplicar retroactivamente la metodología de calculo de las sanciones establecido en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a hechos anteriores a su entrada en vigor cuando tenga consecuencias desfavorables para el sancionado.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil CELLNEX TELECOM S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2022, que casamos y anulamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil CELLNEX TELECOM S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de septiembre de 2016, recaída en el expediente S/0646/08 AXION/ABERTIS, que anulamos por ser disconforme a Derecho, ordenado a la Comisión que imponga una sanción atendiendo al volumen de ventas correspondiente al ejercicio de 2008, que se cuantifica en 50.982.733 euros (cifra correspondiente al volumen de ingresos facturados en relación con los contratos con los operadores radiodifusores de TDT), con conservación de los criterios de graduación de la conducta infractora, que determinó la aplicación del porcentaje del 5% sobre el volumen de ventas referido, para la imposición de la sanción, al apreciarse que de este modo se respeta plenamente el principio de proporcionalidad.

QUINTO- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación, ni de las originadas en el proceso de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido esta Sala ha decidido una vez fijada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución, en relación con la aplicación de la normativa de Defensa de la Competencia.

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil CELLNEX TELECOM S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2022, que casamos.

Segundo.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil CELLNEX TELECOM S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 29 de septiembre de 2016, recaída en el expediente S/0646/08 AXION/ABERTIS, que anulamos por ser disconforme a Derecho, ordenando a la Comisión que imponga una sanción atendiendo al volumen de ventas correspondiente al ejercicio de 2008, en los términos fundamentados.

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, ni de las originadas en el proceso de instancia.

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

Así se acuerda y firma.