CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS empresa CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente
D. José María Marín Quemada

Consejeros
D. Josep Maria Guinart Solà
Dª. Clotilde de la Higuera González
Dª. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

Secretario
D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 9 de febrero de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2015 (recurso 385/2013) firme por Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2016 (recurso 2653/2015) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS (en adelante CVVP) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de julio de 2013 (Expediente S/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 4 de julio de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó en relación con CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS (en adelante CVVP):

> ***"PRIMERO.*** *Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que son responsables NADORCOTT PROTECTION S.A.R.L.(NCP), CARPA DORADA S.L. (CD) y el Club de Variedades Vegetales Protegidas (CVVP)*

> ***SEGUNDO.-*** *Imponer (…) al Club de Variedades Vegetales Protegidas (CVVP) una multa sancionadora por importe de cuatro millones novecientos setenta y cuatro mil veintisiete euros (4.974.027€).*
>
> ***TERCERO.-*** *Intimar a NADORCOTT PROTECTION S.A.R.L.(NCP), CARPA DORADA S.L. (CD) y al Club de Variedades Vegetales Protegidas (CVVP) al cese de la conducta infractora eliminando las restricciones a la comercialización del fruto identificadas en el Fundamento de Derecho SEXTO así como a abstenerse de introducir restricciones equivalentes en el futuro.*
>
> ***CUARTO.-*** *Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."*

2. Con fecha 5 de julio de 2013 le fue notificada a CVVP (folio 83.2) la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (nº 385/2013), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.

3. Mediante Auto de 7 de octubre de 2013, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 4.974.027 €, que fue declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2014.

4. Mediante Sentencia de 18 de junio de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (385/2013) interpuesto por CVVP contra la Resolución de 4 de julio de 2013, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa, y ordenando a la CNMC que realice un nuevo cálculo de la multa de acuerdo con lo expuesto en su Fundamento Jurídico Octavo. Contra ella se interpuso recurso de casación (2653/2015).

5. Mediante Auto de 12 de mayo de 2016 el Tribunal Supremo inadmite por cuantía el recurso interpuesto por la representación procesal CVVP contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2015, recaída en el recurso 385/2013 que se declara firme.

6. Mediante Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 10 de junio de 2013, se requirió a CVVP la aportación de información sobre su volumen de negocios total, en el ejercicio 2012.

   CVVP presentó escrito de contestación el 1 de julio de 2013 (folio 671) señalando, entre otros extremos, que su volumen de negocios total en 2012, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, ascendió a 1.203.665,10 € (1.052.004,79 por cuotas de asociados y 151.660,31 por prestación de servicios)

7. Es interesado: CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS

8. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 9 de febrero de 2017.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *"aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia"*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *"resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio"* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *"la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio"*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la Resolución del Consejo de la CNC de 4 de julio de 2013 acordó imponer a CVVP una multa de 4.974.027 €. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional, mediante Sentencia de 18 de junio de 2015, que devino firme por Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2016 al inadmitir por cuantía el recurso interpuesto por CVVP.

En el Fundamento de Derecho Octavo de dicha sentencia de la Audiencia Nacional, se recoge lo siguiente:

> *"Por consiguiente en estos términos debe estimarse parcialmente el recurso contencioso administrativo, y anularse la resolución impugnada, en los términos ahora indicados, en el sentido del que debe entenderse como volumen de negocios a que se refiere el art.63.1 el que corresponde al club recurrente en el*

año anterior a la resolución, y que viene representado por la cifra de 1.203.665,10 euros.

A ello habría que añadir precisamente la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 29 de enero de 2015, (…)"

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 4 de julio de 2013

Para la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a CVVP hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 4 de julio de 2013 que sustentan la imposición de la sanción y que la Audiencia Nacional ha considerado acreditados.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la resolución, CVVP (entre otros) fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la articulación e implantación de un sistema de trazabilidad, mediante la suscripción de licencias de explotación con los productores y acuerdos de adhesión con los comercializadores, con el objeto de restringir la libre comercialización de la mandarina de la variedad vegetal protegida NADORCOTT.
- En particular, según lo señalado en el FD décimo:

  "CVVP es responsable porque, aun sustituyendo a Geslive, no mantiene con CD (CARPA DORADA) una relación de simple mandato como aquélla, sino que actúa con independencia y criterio propio tomando decisiones sobre el sistema aunque lo consensue con CD. De hecho CVVP firma los acuerdos de adhesión en nombre propio y no como mandatario, como hacia Geslive.

  CVVP firma los contratos en su nombre. Todas las modificaciones de los mismos, que acentúan su capacidad restrictiva de la competencia, las introduce en nombre propio, sin que conste en el expediente ni haya sido alegado por CWP que se introdujeran por instrucción de CD o NCP (NADORCOTT PROTECTION).

  Mientras que Geslive actuó siempre como mandatario directo de NCP y CD, actuando en nombre y por cuenta de ellos, y siguiendo, por tanto, sus instrucciones, CWP asume la gestión del sistema y, en particular, de los contratos de adhesión con los envasadores autorizados, en nombre propio.

Su actuación va más allá de la de Geslive, Por eso la responsabilidad de ambos en los hechos analizados es diferente y no puede admitirse el planteamiento sobre el que descansa la alegación de que el rol de CVVP fue exactamente el mismo que el de Geslive."

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La Resolución del Consejo de la CNC de 4 de julio de 2013 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- Dimensión y características de los mercados afectados por la conducta.

  La conducta tiene su origen en el mercado de gestión de los derechos sobre la variedad Nadorcott extendiendo sus efectos al mercado de mandarinas, quedando ambos mercados afectados por la conducta, ya que, como se dice en la resolución, "*una restricción de la oferta que favorezca un precio más elevado del fruto de la variedad justifica el mantenimiento de un nivel determinado de royalties por las licencias"*.

  En el mercado de gestión de derechos, NCP controla el 100% de las licencias a nivel mundial y CD el mismo porcentaje respecto de las licencias a otorgar en España y Portugal.

  En el mercado nacional de mandarinas la variedad Nadorcott tiene una cuota del 6% en volumen y del 15% en valor. Los asociados a CVVP representan el [80%-90%] de la producción y el [90%-100%] de la comercialización.

- El alcance y efectos de la conducta: La conducta ha tenido efectos "*pues no cabe duda de su éxito en tanto que ha conseguido aglutinar, como asociados a CVVP, a un número cada vez mayor de envasadores/comercializadores y productores*" lo que ha permitido la existencia de comportamientos coordinados y mantener el diferencial de precios de la variedad respecto de otras variedades presentes simultáneamente en el mercado respecto de la campaña 2010-2011.

  Un comportamiento coordinado podría explicar por qué, en la campaña 2010/2011 el volumen envasado de mandarina Nadorcott se redujo con respecto al ejercicio anterior un 9,4%, si bien la cosecha de esta variedad según los datos aportados por CVVP sólo habría caído un 2,9% como se puede apreciar en el cuadro III del párrafo (149) de la propuesta de resolución. Y ello en un contexto en el que la producción nacional de mandarinas había aumentado un 9,8% según el informe publicado por Alimarket el 15/12/2011 sobre la estructura varietal y la producción total de mandarinas en la campaña 2010-2011. Como resultado, en esa campaña el precio de la variedad se mantuvo elevado, mientras que el de las demás variedades con las que coincide en el mercado cayó sensiblemente (véase cuadro I en la descripción del sector).

I. Precios medios por campaña pagados a los agricultores

VARIEDAD	2007/2008	2008/2009	2009/2010	2010/2011	2011/2012
Nadorcott	9,368	8,465	9,445	9,370	7,004
Ortanique	4,211	3,649	3,941	2,681	1,843
Fortune	5,419	5,058	5,409	5,042	4,373
Hernandina	4,726	4,314	4,501	3,907	2,304

Fuente: Consulado de la Lonja de Cítricos de la Cámara de Comercio de Valencia
Precio en campo, IVA incluido. Cotización €/arroba

- Beneficios ilícitos obtenidos: Para el Consejo de la CNC el mayor beneficiario del sistema ha sido CD a través de sus socios (grandes productores y comercializadores de la variedad y promotores de CVVP).

  Los asociados a CVVP se han beneficiado también del sistema, pues éste ha permitido tanto a productores como envasadores mantener el alto precio del fruto.

  Por su parte NCP se habría beneficiado en la medida que el mantenimiento de precios altos le permite explotar la titularidad en mejores condiciones si decidiese ampliar el número de plantones autorizados y le referencia en el mercado respecto a nuevas variedades que pudiese obtener.

- Duración. La conducta se inicia en mayo de 2004 con el anuncia por parte de Geslive (mandatario de CD) del proceso de regularización de las plantaciones de la variedad Nadorcott y de la implantación del sistema de trazabilidad y su inclusión como condición en los contratos.

  CVVP inicia la infracción en enero de 2009, cuando firma con CD el contrato por el que asume las funciones de gestión que tenía encomendadas Geslive con mayor autonomía.

  Sobre el final de la conducta, se considera el momento de incoación del expediente, septiembre de 2011, a los solos efectos del cálculo de la multa[1].

- Ponderación decreciente con el tiempo transcurrido. De acuerdo con lo previsto en el párrafo 15 de la Comunicación de Multas, el volumen de negocio de los mercados afectados fue ponderado por el coeficiente temporal.

  Para ello el Consejo de la CNC tuvo en cuenta: el volumen de negocios afectado relacionado con la gestión de los derechos sobre la variedad entre mayo de 2004 y septiembre de 2011 para NCP[2] y CD[3].

[1] Dice el Consejo de la CNC que *"los acuerdos puedan seguir todavía en vigor. Precisamente porque pueden seguir en vigor, procede en esta Resolución intimar al cese de la conducta y, en este sentido, el Consejo considera que NCP, CD y CVVP deben proceder a eliminar las restricciones a la comercialización del fruto identificadas en el Fundamento de Derecho SEXTO así como abstenerse de introducir restricciones equivalentes en el futuro*" lo que entra dentro de la vigilancia que se está llevando a cabo y de cuyo cumplimiento teórico ha sido informado al Consejo que lo ha corroborado mediante Acuerdo de 20 de febrero de 2014.

[2] Información aportada mediante escrito de 18 de octubre de 2010, folio 679 incorporado del expediente principal.

[3] Información aportada mediante escrito de 1 de julio de 2013, folio 669 incorporado del expediente principal.

En el caso de CVVP, y dado que los datos sobre volumen de ventas aportados por los asociados fueron incompletos y heterogéneos, el Consejo estimó el volumen total de fruta envasada cada año a partir de la envasada cada temporada[4] –teniendo en cuenta que a 30 de abril de 2012 CVVP tenía 663 asociados de los que 568 eran productores y 95 envasadores–, su precio medio y el porcentaje que representan los socios comercializadores de CVVP cada año, tal y como se resume en el siguiente cuadro:

	2011/2012	2010/2011	2009/2010	2008/2009
Precio Nadorcott (€/arroba)	7,004	9,37	9,445	8,465
Precio Nadorcott (€/kg)	0,54	0,72	0,73	0,65
Precio Nadorcott (€/kg sin IVA)	0,45	0,61	0,63	0,56
Volumen envasado (tm)	121.135	92.030	101.536	63.758
Cuota de CVVP sobre el volumen envasado	100%	95%	75%	75%
Volumen envasado por CVVP (tm)	121.135	87.429	76.152	47.819
Valor de las toneladas envasadas por CVVP (€)	54.843.538	52.954.431	47.695.997	26.842.414

En función de esos volúmenes de ventas y teniendo en cuenta que la campaña de Nadorcott se extiende entre septiembre y mayo del año posterior, y aplicando los coeficientes de ponderación temporal que se indicaban en el párrafo (15) de la Comunicación de multas, se obtuvo un volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción de 99.480.536 euros.

- Atenuantes o agravantes. No se apreciaron circunstancias atenuantes, ni agravantes.
- Cálculo del importe básico y límite del 10%. La resolución recoge de manera pormenorizada las estimaciones seguidas para calcular el importe básico de la sanción que queda resumido en el siguiente cuadro:

[4] La temporada abarca desde septiembre de un año a mayo del año siguiente.

	Volumen de negocios en el mercado afectado (ponderado)	Porcentaje aplicado %	Importe básico de la sanción	Límite del 10%	Importe de la sanción (€)
CVVP	99.480.536 €	5%	4.974.027 €	No disponible	4.974.027 €

En el caso de CVVP, el Consejo consideró que no era de aplicación el límite del 10% ya que, aun no disponiendo del volumen de ventas total de las empresas asociadas a CVVP en el último ejercicio, la sanción no superaría en ningún caso el límite teniendo en cuenta:

- que las ventas de la variedad Nadorcott en la última campaña (2011-2012) ascendían a 54.843.538,
- que el volumen de negocios total al que se refiere el artículo 63 de la LDC es necesariamente muy superior a dicha cifra en tanto que muchas de las empresas asociadas producen y/o comercializan distintas variedades de cítricos,
- el elevado número de asociados de CVVP, 663 en abril de 2012.

3.2. Criterios expuestos por la Audiencia Nacional

De acuerdo con lo expuesto por la Audiencia Nacional en su Fundamento de Derecho octavo, a la hora de imponer la sanción no puede tenerse en cuenta el volumen de la totalidad de la fruta comercializada por todas las empresas que constituyen el CVVP, tal y como hace el Consejo en su resolución, *"cuando dichas empresas son los verdaderamente afectadas y perjudicadas por la conducta del mencionado club, dado que se han visto obligadas a formar parte de él para poder comercializar o producir dicha variedad"*.

Así, la Audiencia Nacional señala que:

> *"Conviene recordar que la mencionada previsión legal de la Ley 15/07 responde a la necesidad de prever el volumen de negocios de aquellas conductas realizadas por la persona jurídica integradora de otras personas físicas o jurídicas igualmente responsables. Por consiguiente si la mencionada cifra o volumen de negocios puede determinarse, como bien indica la recurrente, teniendo en cuenta el volumen expresado en las propias cuentas sociales es obligado considerar a dicho volumen de negocios como el que debe ser tenido en cuenta, y que habría de ser el recogido en la documental aportada escrito de interposición como anexo 5, correspondiente a 2.012, y en concreto alcanzaría la cifra de 1.203.665, 10 euros y no el cifrado por la Administración. De lo contrario el propio volumen de negocios de las empresas perjudicadas por la conducta redundaría en contra de las mismas para determinar el quantum sancionador no*

respondiendo ello a la finalidad de la norma invocada por la CNMC. Y en el quantum sancionador resultaría absolutamente proporcionado con la cuantía impuesta a las demás personas jurídicas responsables de dicha conducta, como es CARPA DORADA y NADOR COTT."

Además de lo anterior, la Audiencia Nacional considera que hay que aplicar los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, por lo que el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas.

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites "*constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje"* y continúa exponiendo que "*se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones."*
- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de 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* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *"volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa",* concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *"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".* Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se refiere.

- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, "*a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.*"
- Por último, insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así. señala en particular que el artículo 64 enumera criterios 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."* Añade más adelante que "*las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas […] 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."*

3.3. Criterios para la determinación de la sanción a CVVP basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0312/10)

La infracción que acredita la Resolución de 4 de julio de 2013 (y confirma la Audiencia Nacional) de la que es responsable CVVP es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2012.

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador a la infractora conviene considerar los siguientes.

La Audiencia Nacional indica que en este caso el volumen de negocios de CVVP al que se refiere el citado artículo 63.1, correspondiente al año 2012, viene representado por la cifra de 1.203.665,10 €, que es la cifra aportada por CVVP el 1 de julio de 2013 (folio 671).

Sobre esta premisa, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 4 de julio de 2013 (S/0312/10), siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CVVP es responsable de una conducta consistente en un acuerdo para controlar y restringir la distribución de variedad de mandarina Nadorcott.

Aunque la conducta del expediente tiene su origen en el mercado de gestión de los derechos sobre la variedad Nadorcott, extiende sus efectos al mercado de mandarinas. En el mercado nacional de mandarinas de la variedad Nadorcott, los asociados a CVVP están presentes en el mercado nacional de mandarinas y representan el 80-90% de la producción y el 90-100% de la comercialización. Por tanto, la cuota del mercado relevante afectada por la infracción es muy elevada, como se acreditó en la Resolución original.

La participación de CVVP en las conductas se corresponde con el período comprendido entre enero de 2009, cuando firma con CD el contrato por el que asume con mayor autonomía las funciones de gestión que tenía encomendadas anteriormente Geslive, y septiembre de 2011.

El ámbito geográfico afectado por la infracción comprende no sólo España y Portugal, sino también otros Estados Miembros de la Unión Europea debido a la posición de España como principal exportador del mundo de mandarinas.

Las partes se valieron de un sistema de trazabilidad, basado en un software informático desarrollado a tal efecto, para garantizar el cumplimiento de los términos del acuerdo alcanzado, lo que refleja el carácter sofisticado del cártel. Además, emplearon un mecanismo de control que velaba por el mantenimiento del sistema de identificación de la variedad.

La participación de CVVP en la conducta, medida como una proporción de los mercados afectados (mercado de gestión de derechos de las licencias, producción y comercialización de mandarinas), fue de un 12,4%, la más reducida de las infractoras.

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico, efectos, características del mercado afectado, participación en la conducta y ausencia de agravantes o atenuantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 5,4% para CVVP.

Por último, la citada sentencia del Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para eso hay que tener en cuenta “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”.

Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial[5]).

[5] Estos 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

En el presente caso, la multa que le correspondería a CVVP según la gravedad de la conducta y de su participación en ella (un tipo del 5,4% se traduce en una multa de 64.998 euros) está muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 380.000 euros[6], por lo que no es necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 5,4% del volumen de negocios total de CVVP en 2012, entendido según la sentencia de la Audiencia Nacional. La multa que le correspondería a la empresa infractora de acuerdo con el nuevo sistema de determinación de sanciones, es decir, 64.998 euros, es muy inferior a la multa impuesta en la Resolución sancionadora original de 4.974.027 euros, por lo que no hay *reformatio in peius*. Como consecuencia, procede aplicar la sanción que le corresponde a CVVP en función de la gravedad de la conducta y de su participación en ella.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2015 (Recurso 385/2013) firme por Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2016 (Recurso 2653/2015), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de julio de 2013 (Expediente S/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS), la multa de **64.998 euros.**

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.

[6] Esta cifra resulta de las subidas de precios derivadas de la cartelización que se acreditaron en la resolución original, mencionadas anteriormente, así como de los márgenes brutos de explotación de empresas del mismo sector y de tamaño semejante durante el período de la infracción, según datos del Banco de España.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a las dos Resoluciones aprobadas en el día de hoy Jueves 9 de Febrero del 2017, con los Votos favorables de los Consejeros Marín, Ortiz, Guinart y de la Higuera; y ello en el marco del Expediente VS/0312/10 CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS.

Al efecto, la Ponencia elevó para deliberación y fallo ***DOS PROPUESTAS DE RESOLUCIÓN.*** La primera venía referida al *CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS;* y la segunda lo era referida a *NADOR COTT PROTECTION SARL., y CARPA DORADA.*

Dado que ambas Resoluciones aprobadas tienen el mismo cuerpo literal, es decir, los mismos Antecedentes, la misma Fundamentación Jurídica (Habilitación competencial; sobre Ejecución de Sentencia de la Audiencia Nacional; sobre la Determinación de la Sanción páginas 4, 5 y 6 con iguales Tablas, etc., teniendo en ambas la misma redacción y numeración de parágrafos; Criterios expuestos por la Audiencia Nacional; y Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0312/10)) ***obviamente nada impide MANIFESTAR MI DISCREPANCIA*** a lo en ambas resuelto, de manera conjunta y unitaria, antes al contrario, por cuanto el iter argumental del Voto Discrepante es el mismo, al ser el mismo el fondo y el contenido de lo Resuelto.

Por consiguiente, concreto mi Discrepancia ***(1)*** porque a mi juicio y leal saber, la Sala sigue aplicando *de facto* la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones, no obstante haber sido declarada ilegal por contraria al Ordenamiento Jurídico; ***(2)*** ello tiene como consecuencia inmediata (causa) la falta de motivación de la Resolución en orden al régimen sancionador (incongruencia omisiva); y ***(3)*** lo que concluye en una indefensión al sancionado por vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad.

De ahí que cualesquiera que hubiera sido la cuantificación (fijación) de la sanción ello ***devendría irrelevante*** en tanto que no combato el efecto, sino la causa en que se fundamenta, esto es ***el Método seguido contra legem.***

Sentado lo anterior, Mi Discrepancia la desarrollo a lo largo de los siguientes **MOTIVOS**

I.-

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Este Expediente VS/0312/10 CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS fue turnado a este Consejero, hoy discrepante, el día ***27 de Junio del 2016.***

El día 14 de Julio del 2016 en tanto que Ponente lo llevé a la Sala de Competencia para conocimiento y sólo a falta de concretar la sanción a recalcular, siguiendo el mandato de las Sentencias dictadas por la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, los días 19 de Octubre del 2015 (Recurso 453/2013 Nador Cott Protection SARL); 18 de Junio del 2015 (Recurso 385/2013 El Club de Variedades Vegetales Protegidas) en aquel entonces pendientes de Recurso de Casación; y 6 de Noviembre del 2015 (Recurso 384/2013 Carpa Dorada).

El día 21 de Julio del 2016 mi Ponencia fue conocida, deliberada y fallada, resultando vencida, como viene siendo norma constante y habitual de esta Sala de Competencia (conformada en su día por Marín, Ortiz y Zenarruzabeitia; y en la actualidad por Marín, Ortiz y Guinart) por los tres Votos contrarios de siempre (Marín, Ortiz y Guinart) y el Voto a favor del Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz.

A los efectos subsiguientes, acompaño con este Mi Voto Particular Discrepante, copia de la que fue Mi Propuesta de Resolución, que relaciono y numero como ***ANEXO I.***

SEGUNDO.- Ese mismo día ***21 de Julio del 2016*** el Expediente VS/0312/10 CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS fue turnado como Ponencia al Consejero Guinart.

TERCERO.- El Consejero Guinart, en tanto que Ponente, ***en el día de hoy Jueves 9 de Febrero del 2017*** ha llevado a esta Sala de Competencia el Expediente VS/0312/10 CARPA DORADA y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS para deliberación y fallo.

Y ello en una doble Propuesta: ***(1)*** la primera referida a EL CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS (en su correcta nominación); y ***(2)*** *NADOR COTT PROTECTION SARL y CARPA DORADA.*

II.-
HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adoptó el ***ACUERDO*** *"de tomar conocimiento de la NOTA INFORMATIVA que le eleva la Dirección de Competencia, así como de las advertencias y consideraciones que en la misma se establecen y de modo principal la de quedar abierto a vigilancia el contenido de la Resolución de 4 de Julio del 2013, condicionada al cumplimiento fiel y puntual de todos y cada uno de los establecimientos que conforman el presente ACUERDO",* que trae causa antecedente en los siguientes establecimientos:

1º en resumen, *"la práctica declarada prohibida consiste en la articulación e implantación de un sistema de trazabilidad, mediante la suscripción de licencias de explotación con los productores y acuerdos de adhesión con los comercializadores, con el objeto de restringir la libre comercialización de la mandarina de la variedad vegetal protegida NADORCOTT".*

Al efecto, las conductas se agrupan en los cuatro bloques siguientes: *(1)* restricciones a la comercialización de la fruta derivadas del etiquetado o sistema de identificación de la misma *(sistema de trazabilidad)*; *(2)* restricciones derivadas de la información facilitada; *(3)* restricciones derivadas de la compraventa de fruta en exclusiva a los socios de El Club de Variedades Vegetales Protegidas; y *(4)* restricciones derivadas de la aplicación de condiciones no equivalentes a los envasadores *(condiciones contractuales).*

2º en relación con las citadas restricciones, *CARPA DORADA y EL CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS* propusieron las siguientes medidas de adaptación:

- En cuanto a las restricciones a la comercialización de la fruta, resultantes del etiquetado o sistema de identificación de la misma (sistema de trazabilidad).
- En cuanto al sistema de información.
- En cuanto a la exigencia de venta sólo a miembros del Club.
- En cuanto a los elementos contractuales.
- Así como también, información complementaria sobre el sistema de trazabilidad propuesto.

3º se mantienen las cantidades *(SUMATORIO)* del volumen de negocios sobre el que debe aplicarse el porcentaje para determinar el importe de la Sanción a imponer.

4º rechaza categóricamente que el porcentaje a aplicar sea el establecido en la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones, por haber sido declarado ilegal ***(Recursos de Casación 3563/2011 y 2872/2013)*** e impele a aplicar lo prevenido en los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

La Resolución administrativa dictada el día 4 de Julio del 2013 establece una serie de cantidades resultantes, según afirma, de *"aplicar un porcentual del 5% sobre los citados volúmenes de negocios, al no concurrir en la conducta infractora ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad* (eximentes, atenuantes y/o agravantes)".

Y al efecto, en su página 80 dispone que *"el Consejo considera que no procede aplicar al caso* ***las agravantes*** *que la Dirección de Investigación propone para CARPA DORADA, toda vez que no son tales sino la esencia misma de la conducta que se sanciona. Respecto de* ***los atenuantes*** *que alegan las infractoras, el Consejo ya se ha pronunciado en este Fundamento de Derecho sobre el carácter culposo de la conducta y considera que la colaboración de las imputadas se ha limitado a cumplir con el deber que les impone el artículo 39 de la LDC"*

5º de acuerdo con la información aportada por las empresas y con las estimaciones realizadas para determinar el volumen de negocios de las empresas asociadas a CVVP, las cantidades sobre las que debe aplicarse el porcentaje para determinar el importe de la sanción serán las siguientes:

SUMATORIO
CVVP 99.480.536
NCP 1.662.944
CD 4.005.363

SEGUNDO.- El mandato recibido vía Sentencias dictadas por la Ilma. Sección Sexta, de la Audiencia Provincial de Madrid es imperativo

- Imponer una sanción de conformidad a los preceptos normativos de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

- Ello con un techo causal: la imposibilidad de una reformatio in peius

- Y al mismo tiempo, una declaración reiterada *ad nausseam* en orden a la ilegalidad de aplicar la Comunicación de Sanciones por ser contraria al Ordenamiento Jurídico ***(principio de jerarquía normativa).***

- Dejando inatacados ***(1)*** la calificación de la conducta como muy grave; ***(2)*** concreción del mismo e igual periodo temporal de la conducta (duración); y ***(3)*** inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

TERCERO.- La declarada ilegalidad de la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones, entre otras consideraciones, viene a poner coto ***a la discriminación arbitraria*** a la que conducía genéricamente y conduce en este Expediente que ahora nos ocupa, siendo ello fácilmente apreciable a que *"en el caso de NADORCOTT con un*

volumen de negocios de Euros 1.662.944 se le aplique un porcentual de 5% y a CARPA DORADA con un volumen de negocios de €uros 4.005.363 ***(tres veces y media superior)*** *se le aplicara un porcentual del 0,013%".*

III.-
ITER ARGUMENTATIVO SANCIONADOR SEGUIDO EN LAS DOS RESOLUCIONES APROBADAS

En ambas Resoluciones aprobadas en la mañana del día de hoy Jueves 9 de Febrero del 2017 el iter argumentativo seguido para sancionar se concreta en el ***PARAGRAFO 3.3 Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0312/10) páginas 9, 10 y 11*** de ambas Resoluciones y que en síntesis pero en cita literal textual, son los siguientes:

- Infracción muy grave de la que son responsables NCP y CD; y CVVP (artículo 62.4.a) y que por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

- (…) consta en el expediente que el 1 de julio del 2013 tanto NCP como CD han presentado su facturación total consolidado ***(sic)*** en España, relativa al año 2012, siendo ésta de 1.7500.000 € para NCP y de 54.257 € para CD.

  La Audiencia Nacional indica que en este caso el volumen de negocios de CVVP al que se refiere el citado artículo 63.1 correspondiente al año 2012 viene representado por la cifra de 1.203.665,10 € que es la cifra aportada por CVVP el 1 de julio de 2013.

  Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse de los criterios de graduación del artículo 64 LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 4 de julio de 2013 (S/0312/10) siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- La participación de NCP y CD en las conductas se corresponden con el periodo comprendido entre Mayo 2004 y Septiembre 2011.

  La Participación de CVVP en las conductas se corresponde con el periodo comprendido entre Enero 2009, cuando firma con CD el contrato por el que asume con mayor autonomía las funciones de gestión que tenía encomendadas anteriormente Geslive, y Septiembre 2011.

La participación de CD en la conducta, medida como una proporción de los mercados afectados (mercados de gestión de derechos, de las licencias, producción y comercialización de mandarinas) fue de un 74,2% mientras que la participación de NCP fue del 13,4%.

La Participación de CVVP en la conducta, medida como una proporción de los mercados afectados (mercado de gestión de derechos de las licencias, producción y comercialización de mandarinas) fue de un 12,4% la más reducida de las infractoras.

- Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico, efectos, características del mercado afectado, participación en la conducta y ausencia de agravantes o atenuantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, ***la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta.*** De acuerdo con todo lo señalado, ***esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 7,0% para CD*** y ***del 5,5% para NCP.***

  Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico, efectos, características del mercado afectado, participación en la conducta y ausencia de agravantes o atenuantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, ***la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta.*** De acuerdo con todo lo señalado, ***esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 5,4% para CVVP.***

- En el presente caso, la multa que ***le correspondería a CD*** según la gravedad de la conducta y de su participación en ella ***(un tipo del 7,0% se traduce en una multa de 3.798 euros)*** está muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, ***que está en el entorno de 1.380.000 euros,*** por lo que no es necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad.

  Con respecto a NCP, la multa que ***le correspondería*** según la gravedad de la conducta y de su participación en ella ***(un tipo del 5,5% se traduce en una multa de 96.250 euros)*** está muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, ***que está en el entorno de 250.000 euros,*** por lo que tampoco en este caso resulta necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad.

  En el presente caso, la multa que ***le correspondería a CVVP*** según la gravedad de la conducta y de su participación en ella ***(un tipo del 5.4% se traduce en una multa de 64.998 euros)*** está muy lejos de superar el

límite de proporcionalidad estimado, ***que está en el entorno de 380.000 euros,*** por lo que no es necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad.

- Como la multa que le corresponde a CD ***de acuerdo con el nuevo sistema de determinación de sanciones (¿?) es decir 3.798 euros*** es inferior a la multa impuesta en la Resolución sancionadora original (ascendió a 5.426 euros) *no hay reformatio in peius.*

  En cambio, la sanción que correspondería a NCP ***de acuerdo con el nuevo sistema de determinación de sanciones (¿?) es decir 96.250 euros,*** es superior a la multa de la Resolución sancionadora original que ascendió a 83.147 euros, por lo que de acuerdo con la prohibición de la reformatio in peius, ***procede reducir la cuantía de la nueva multa hasta la cantidad impuesta en la Resolución original.***

  De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado ***un tipo sancionador del 5,4% del volumen de negocios total de CVVP en 2012,*** entendido según la sentencia de la Audiencia Nacional. La multa que le correspondería a la empresa infractora ***de acuerdo con el nuevo sistema de determinación de sanciones (¿?) es decir 64.998 euros,*** es muy inferior a la multa impuesta en la Resolución sancionadora original de 4.974.027 euros, por lo que no hay *reformatio in peius.* Como consecuencia procede aplicar la sanción que le corresponde a CVVP ***en función de la gravedad de la conducta y su participación en ella.***

IV.-
REGIMEN SANCIONADOR REALMENTE APLICADO

Esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ***ha venido aplicando en todo momento y en todos y cada uno de los Expedientes Sancionadores la "Comunicación de la CNC sobre Cuantificación de Sanciones por 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".***

Tal conducta reiterada en su aplicación por la mayoría simple (Marín, Ortiz y Zenarruzabeitia en su día; y en la actual conformación) de esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ***obligó a este Consejero hoy también Discrepante*** a formular sucesivos y permanentes Votos Particulares Discrepantes por entender, entre otras consideraciones, que

- *Un Expediente Sancionador que se inicia e instruye bajo el imperio legal normativo de la Ley 15/2007; se tipifica la conducta a la luz de lo previsto en su articulado; y se concluye en fase de resolución sancionando las*

conductas, en dicho momento no puede apartarse del texto de dicha Ley y acogerse a una Comunicación, por la simple y soberana razón: del principio de jerarquía normativa, del principio de legalidad prevaleciendo el contra legem frente al propter legem.

- *Y ello sin existir vacío legal alguno, dado que la Ley en unidad de actuación, también contempla desde la tipificación y calificación de las conductas, al régimen sancionador de las mismas.*

Mis Votos Particulares Discrepantes fueron objeto de *filtración a los medios,* con todo tipo de descalificaciones.

Este perverso acontecer finalizó, en parte, con la Sentencia dictada el 29 de Enero del 2015 por la Excma. Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Recurso de Casación 2872/2013) pero que ya había tenido su precedente en la Sentencia dictada por esa misma Excelentísima Sala en el Recurso de Casación 3563/2011. En ambas la Excma. Sala se pronuncia declarando la ilegalidad de la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones por ser contraria al Ordenamiento Jurídico. Doctrina seguida por la Ilma. Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, a lo largo y ancho de la totalidad de Sentencias dictadas de conformidad y en concordancia con lo resuelto.

Lo que ha significado y significa *recalcular la totalidad de las sanciones impuestas,* con la consecuencia de una ***minoración sustantiva de las mismas.***

-----0-----

La aplicación de la declarada ilegal Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones (***de iure*** y ahora ***de facto)*** fue causa y motivo de Mis Votos Discrepantes junto con la falta de motivación o con causa en un erróneo acogimiento a Acuerdos de Corrección de Errores materiales, caso de Nestlé España S.A., cuya Sentencia dictada el día 11 de Julio del 2016 por la Ilma. Sección Sexta de la Audiencia Nacional (Recurso 343/2014) ha significado un mazazo al poner en evidencia una mala praxis procesal.

-----0-----

Pero ¿qué dice la Comunicación de 6 de Febrero del 2009?. Según el Apartado II Estructura del cálculo de la sanción, el Punto 8 dispone que *"la cuantificación de la sanción por infracción de la normativa de competencia se realiza en las fases siguientes: (i) determinación del importe básico de la sanción,* **lo que el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz, llama poner los bueyes antes que la carreta;** *(ii) aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes,* **lo que el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz llama actuación a capón por arbitraria, que no discrecional;** *y (iii) ajuste cuando proceda a los límites establecidos en la LDC".*

Y todo ello lleva a concluir en el Punto 12 al decir que *"cuando para alguno o algunos de los años del periodo de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido. Las ventas de cada año así calculadas se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el Punto 15.*

En el Punto 14 *"el importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción* ***un porcentaje que partiendo del 10% podrá incrementarse*** *en consideración a los siguientes criterios de forma cumulativa: (i) si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales; (….) Por lo tanto, el importe básico se situará entre un 10% y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción".*

-----0-----

La simple lectura del régimen sancionador que hoy se nos propone en ambas Resoluciones administrativas, a semejanza reiterada de lo acontecido en todos y cada uno de los Expedientes Sancionadores en los que esos Consejeros fueron Ponentes (eso sí, sin que ello conste en la Resolución) y al efecto cito a modo de ejemplo y sin ánimo de agotar el tema el VS/0179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS (Cemex; Canteras de Echauri y Tiebas; Cementos Portland Valderribas) son una prueba evidente y palparía de ello.

De ahí que el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz en sus Votos Particulares dejara acreditado su pensamiento discrepante diciendo

> ***PRIMERO.-*** *Considero que la Resolución aprobada no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma* ***debidamente motivada.*** *De la lectura de la Resolución* ***es totalmente imposible*** *conocer el procedimiento que da lugar a la multa impuesta.* ***No existe posibilidad alguna*** *de que de la lectura de la Resolución los sancionados puedan saber cómo resultan las cifras utilizadas (y ello contrasta con su extraordinaria finura numérica).*
>
> *La Resolución dice (página 12) lo siguiente: La gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, efectos, características del mercado afectado, participación de la conducta infractora, ausencia de atenuantes y agravantes permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. (De acuerdo con ello) esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 6,5%".*
>
> *En consecuencia, la individualización de la sanción ex Artículo 64 de la Ley 15/2007* ***a fortiori*** *requiere un procedimiento más atinado que la simple apreciación subjetiva. (….) Pues bien, ¿cuál ha sido, si alguno, ese procedimiento sancionador?.* ***No hay forma de***

> ***saberlo.*** *Y en esas condiciones ¿cómo puede XXX hacerse una idea de la bondad de su sanción vis-a-vis las eventualmente asignadas a las demás sancionadas?.* ***NO PUEDE.***
>
> ***SEGUNDO.-*** *La Resolución dice (página 12) lo siguiente: "(….) si se les* ***(sic)*** *aplicara el tipo sancionador que les* ***(sic)*** *correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada. Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito (de) la entidad infractora". Pues bien: ¿****Cuál es*** *el beneficio ilícito que, según la propia Resolución resulta necesario para realizar* ***"cualquier valoración de la proporcionalidad?. No se sabe.***
>
> *En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la Resolución afirman poseer un método para realizar "la estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora habría podido* ***(sic)*** *haber obtenido de la conducta" (…) Pero el caso es que aunque llevo pidiendo conocerlo desde hace tiempo* ***y a pesar de ser miembro de la SALA, aún no he conseguido verlo.***

IV.-
FALTA DE MOTIVACIÓN

Las DOS RESOLUCIONES aprobadas en el día de hoy, 9 de Febrero del 2017, carecen de ***la motivación*** exigida, tanto por el Ordenamiento Jurídico, como por la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, ***concluyendo consiguientemente en arbitrariedad,*** por cuanto

- *Concreta un porcentual sancionador del 7% para Carpa Dorada; un 5,5% para NadorCott; y finalmente, un 5,4% para El Club de Variedades Vegetales Protegidas.*
- *Siendo la misma la conducta y periodo temporal que se considera infringido.*
- *Y ello en función de una desconocida "densidad antijurídica".*
- *Con amparo en el "nuevo sistema de determinación de sanciones".*

Lo anterior vulnera la doctrina jurisprudencial uniforme, constante y reiterada de las Salas del Tribunal Supremo. Por todas, la ***STS de 16 de Febrero 2015***

> *"sobre la interdicción de que los órganos judiciales y/o administrativos incurran en* ***LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE MOTIVACIÓN DE SUS DECISIONES,*** *que garantizan los Artículos 24.1 y 120.3 CE, como un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos".*
>
> *"Y ello como garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no fruto de la arbitrariedad; y que no impone* ***SÓLO*** *la obligación de ofrecer una* ***RESPUESTA MOTIVADA sino que además ésta ha de tener un contenido jurídico".***
>
> *Por todas las* ***SSTS 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 10 de Marzo; 139/2009 de 15 de Junio; 160/2009 de 29 de Junio…***

En este mismo sentido la ***STS de 30 de Septiembre de 2009 Recurso de Casación 1435/2008*** en la que sostiene

> *"el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis en una triple exigencia **(1)** de un lado la exteriorización de un razonamiento que siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el Juzgador; **(2)** de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que habiendo sido planteadas en el proceso necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y **(3)** en fin, una decisión cuyo sentido abarque inequívocamente todas las pretensiones deducidas. Por cuanto y en todo caso, las resoluciones deben ser claras, precisas y congruentes, a la par que motivadas".*

-----0-----

En cuanto a los ***Principios de Graduación y Proporcionalidad*** reiterar lo pronunciado en la ***STS de 22 de Mayo del 2015 Recurso de Casación 658/2013,*** dictada por la Excma. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Fundamento de Derecho Séptimo en el que establece los siguientes pronunciamientos

> *"(….) es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las Sentencias 6 de Junio 2007 (Recurso Casación 8217/2004) y 30 de Septiembre 2013 (Recurso Casación 5632/2009) que exige a la Administración que **INDIVIDUALICE LA SANCION** para adaptarla a la gravedad del hecho, **puesto que el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado;** y está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en las Sentencias 30 de Mayo del 2013 (C-70/12) y 29 de Abril del 2015 (C-148/14) que **OBLIGA** a las autoridades administrativas sancionadoras y a los tribunales de justicia en su función de **CONTROL DE LA LEGALIDAD** de las sanciones administrativas impuestas, **a considerar la totalidad de las circunstancias de hecho y de derecho específicas,** así como a tener en cuenta el comportamiento del presunto responsable y la mala o el ánimo fraudulento, **a los efectos de determinar el importe de la sanción de forma coherente y objetiva, con la debida observancia del principio de proporcionalidad".*

-----0-----

La Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ***SAN de 30 de Enero del 2014 (Recurso contencioso-administrativo 422/2012),*** recuerda

> *"constituye un principio esencial del derecho punitivo español la división en grados **(mínimo, medio y máximo)** dependiendo la fijación de la cuantía de la multa/sanción la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad: eximentes, atenuantes y/o agravantes.*

De ahí que partiendo de lo prevenido en el ***Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones, Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia,*** la doctrina jurisprudencial haya ido desarrollando,

concretando y acotando, sobre la base de dicho precepto normativo legal, la siguiente debiendo valorarse

(a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
(b) La dimensión y las características del mercado afectado
(c) Los efectos de la infracción en el mercado y sobre los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
(d) La duración temporal de la conducta restrictiva de la competencia.
(e) La reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.
(f) La distinción entre conductas plenamente deliberadas de las simplemente negligentes o en las que coexistan mala fe o un ánimo fraudulento.

Y todo ello en orden ***"a la discrecionalidad que no arbitrariedad"*** que la Ley concede y que debe ser ejecutada ***"****ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida* ***proporcionalidad*** *entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; dado que toda sanción debe determinarse* ***en congruencia con los señalados principios de tipicidad, proporcionalidad e individualización de la sanción,*** *con la finalidad de adaptarla a la gravedad de la conducta".*

-----0-----

En ocasiones puede surgir un conflicto entre los dos objetivos que debe cumplir la sanción: ***la proporcionalidad*** en orden a la gravedad de la sanción a imponer; ***y la disuasión.***

La ***STS 29 de Enero del 2015 (Recurso de Casación 2872/2013)*** se pronuncia al efecto al establecer

> *"(….) se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia (…).* ***PERO TAL CARACTER NO PUEDE CONSTITUIRSE EN PREVALENTE (….) DESPLAZANDO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD".***

Ello plantea la necesidad de conocer ***con qué limitación*** opera el carácter disuasorio de las sanciones. En la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia ***el legislador no lo explicita,*** de ahí que haya sido necesario vía doctrina jurisprudencial la que lo acote al establecer la Sentencia de 29 de Enero del 2015

> *"Las sanciones (….) en el ámbito del derecho de la competencia –que no difiere en este punto de otros sectores del Ordenamiento– han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones.*

> *(….) Si el legislador considera oportuno incrementar "el efecto disuasorio" a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales.*
>
> *(….) Aunque ello dependerá ya del legislador (….) un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel disuasorio adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios* ***sino un plus (…).***
> ***En todo caso, corresponde a la Ley –y NO A QUIEN LA EJECUTA O LA INTERPRETA- establecer los límites que el legislador considere oportunos para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones".***

V.-
CONCLUSIÓN

Una vez más reitero que el quehacer con el que se viene produciendo esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia vulnera los principios de seguridad jurídica y legalidad; viene afectado por una total falta de motivación; incurriendo en incongruencia omisiva, lo que produce indefensión a la parte. Y ello, con los efectos prevenidos en los Artículos 7 y 6 del Código Civil.

Así por este Mi Voto Particular Discrepante lo pronuncio, mando y firmo en Madrid el día 9 de Febrero del 2017 Festividad de San Alejandro.

ANEXO I

RESOLUCIÓN
(Expte. VS/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS)

Presidente
D. José María Marín Quemada

Consejeros
Dª. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz
D. Josep María Guinart Solà

Secretario
D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 21 de Julio del 2016

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado **RESOLUCIÓN** en el marco del Expediente de Vigilancia VS/0312/10 Carpa Dorada y Club de Variedades Vegetales Protegidas, que trae causa en el Expediente Sancionador S/0312/10.

Ha sido Ponente el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día 4 de Julio del 2013 dictó una Resolución administrativa en vía previa, en cuya Parte Dispositiva acordaba

> ***PRIMERO.-*** *Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que son responsables NADORCOTT PROTECTION SARL (NCP), CARPA DORADA S.L. (CD) y el Club de Variedades Vegetales Protegidas (CWP).*
>
> ***SEGUNDO.****- Imponer e NADORCOTT PROTECTION SARL (NCP) una multa sancionadora por importe de ochenta y tres mil ciento cuarenta y siete euros (83.147€), a CARPA DORADA S.L., (CD) una multa sancionadora por importe de cinco mil cuatrocientos veintiséis euros (5.426€) y al Club de Variedades*

Vegetales Protegidas (CWP) una multa sancionadora por importe de cuatro millones novecientos setenta y cuatro mil veintisiete euros (4.974.027€).

***TERCERO.**- Intimar a NADORCOTT PROTECTION SARL (NCP), CARPA DORADA S.L. (CD) y al Club de Variedades Vegetales Protegidas (CWP) al cese de la conducta infractora eliminando las restricciones a la comercialización del fruto identificadas en el Fundamento de Derecho Sexto, así como a abstenerse de introducir restricciones equivalentes en el futuro.*

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

SEGUNDO.- *NADORCOTT PROTECTION SARL (NCP)* al estar disconforme con lo resuelto, en tiempo y forma interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra la Resolución de 4 de Julio del 2013, del que conoció la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ***(Recurso 453/2013).***

La Ilma. Sala el día 19 de Octubre del 2015 dictaba Sentencia, en cuya Parte Dispositiva acordaba

FALLAMOS

*Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por (….) actuando en nombre y representación de **NADORCOTT PROTECTION SARL** contra la resolución de 4 de julio de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 83.147 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave, debemos anular y anulamos la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados y por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007 **(SIC)** de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia. Sin hacer expresa imposición de costas.*

TERCERO.- *EL CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS (CWP)* al estar disconforme con lo resuelto, en tiempo y forma interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra la Resolución de 4 de Julio del 2013, del que conoció la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ***(Recurso 385/2013).***

La Ilma. Sala el día 18 de Junio del 2015 dictaba Sentencia, en cuya Parte Dispositiva acordaba

FALLAMOS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, ha decidido:

***1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **EL CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS (….)** frente a la Administración del Estado (….) sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 4 de julio de 2013 y, en consecuencia, anulamos la misma en los términos establecidos en el fundamento de derecho octavo de esta sentencia.*

***2º.- DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo en cuanto a lo demás que solicita la recurrente*

***3º.-** No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas.*

EL CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS (CWP) tiene interpuesto Recurso de Casación contra la anterior Sentencia.

CUARTO.- *CARPA DORADA S.L., (CD)* al estar disconforme con lo resuelto, en tiempo y forma interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra la Resolución de 4 de Julio de 2013, del que conoció la Ilma. Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ***(Recurso 384/2013).***

La Ilma. Sala el día 6 de Noviembre del 2015 dictó Sentencia en cuya Parte Dispositiva acordaba

FALLO

***QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS EN PARTE** el recurso interpuesto por la representación procesal de CARPA DORADA S.L., contra la resolución impugnada a la que la demanda se contrae, ordenándose la remisión de las actuaciones a la CNMC para que de acuerdo con los parámetros establecidos en el FJ 6 de esta sentencia, realice un nuevo cálculo de la multa. Sin costas.*

QUINTO.- El día 20 de Febrero de 2014 esta SALA DE COMPETENCIA adoptó el **ACUERDO** de *"tomar conocimiento de la NOTA INFORMATIVA que le eleva la Dirección de Competencia, así como de las advertencias y consideraciones que en la misma se establecen y de modo principal la de quedar abierto a vigilancia el contenido de la Resolución de 4 de Julio del 2013, condicionada al cumplimiento fiel y puntual de todos y cada uno de los establecimientos que conforman el presente ACUERDO".*

El ACUERDO traía causa antecedente en los siguientes establecimientos:

1º En resumen, *"la práctica declarada prohibida consiste en la articulación e implantación de un sistema de trazabilidad, mediante la suscripción de licencias de*

explotación con los productores y acuerdos de adhesión con los comercializadores, con el objeto de restringir la libre comercialización de la mandarina de la variedad vegetal protegida NADORCOTT".

Y al efecto, se agrupan las conductas sancionadas en los cuatro bloques siguientes: *restricciones a la comercialización de la fruta derivadas del etiquetado o sistema de identificación de la misma (sistema de trazabilidad); restricciones derivadas de la información facilitada; restricciones derivadas de la compraventa de fruta en exclusiva a los socios de El Club de Variedades Vegetales Protegidas; y restricciones derivadas de la aplicación de condiciones no equivalentes a los envasadores (condiciones contractuales).*

2º En relación con las citadas restricciones, *CARPA DORADA y EL CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS* propusieron las siguientes medidas de adaptación:

- En cuanto a las restricciones a la comercialización de la fruta, resultantes del etiquetado o sistema de identificación de la misma (sistema de trazabilidad).
- En cuanto al sistema de información.
- En cuanto a la exigencia de venta sólo a miembros del Club.
- En cuanto a los elementos contractuales.
- Información complementaria sobre el sistema de trazabilidad propuesto.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La Resolución administrativa dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el día 4 de Julio del 2013, en el marco del Expediente Sancionador S/0312/10 Carpa Dorada y Club de Variedades Vegetales Protegidas, en lo atañente a este Expediente de Vigilancia, hace los siguientes pronunciamientos: ***(1)*** resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de la que son responsables NADORCOTT PROTECTION SARL (NCP), CARPA DORADA S.L., (CD) y El Club de Variedades Vegetales Protegidas (CVVP); ***(2)*** en consecuencia imponerles una sanción/multa pecuniaria en aplicación de la Comunicación de Sanciones de la CNC derivadas de infracciones de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 y de los Artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea; y ***(3)*** sanción a aplicar sobre el volumen de ventas afectado por la infracción, en función de la concurrencia de determinados factores. Y al efecto (página 79) fija en un cuadro nominado como *"Sumatorio las cantidades sobre las que debe aplicarse el porcentaje para determinar el importe de la sanción a imponer".*

Las Sentencias citadas anteriormente, dictadas por la Ilma. Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ***(Recursos 384/2013 y 385/2013)***

- Mantienen la calificación de la conducta como muy grave e incardinable en los Artículos 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

- Mantienen la responsabilidad de las empresas NADORCOTT, CARPA DORADA y EL CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS.

- Mantienen las cantidades (Sumatorio) del volumen de negocios sobre el que debe aplicarse el porcentaje para determinar el importe de la sanción a imponer.

- Rechaza categóricamente que el porcentaje a aplicar sea el concretado en la Comunicación de Multas por haber sido declarado ilegal ***(Recursos de casación números 3563/2013 y 2872/2013)*** e impele a esta Sala de Competencia a aplicar lo prevenido en los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Mandato imperativo que, obviamente, en este Expediente de Vigilancia se contrae a dos de las empresas (Carpa Dorada y Nadorcott Protection) por gozar de firmeza lo resuelto; no afectando a El Club de Variedades Vegetales Protegidas al haber accedido a la Casación y cuya definitiva Sentencia no ha sido dictada a día de hoy.

SEGUNDO.- La Resolución administrativa dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el día 4 de Julio del 2013, en su página 79 en cuadro ad hoc nominado como SUMATORIO concreta el volumen de negocios (cantidades) sobre las que debe aplicarse el porcentaje previsto en los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2005 y éstas son:

- *Para NADORCOTT PROTECTION SARL (NCP) 1.662.944 euros,* que en aplicación de la Comunicación de Sanciones supuso una multa sancionadora por importe de €uros 83.147 (página 80 y resuelve).

- *Para CARPA DORADA S.L. (CD) 4.005.363 euros,* que en aplicación de la Comunicación de Sanciones supuso una multa sancionadora por importe de €uros 5.426 (página 80 y resuelve).

Cantidades resultantes, según se afirma en la Resolución administrativa de 4 de Julio de 2013, de *"aplicar un porcentual del 5% sobre los citados volúmenes de negocios, al no concurrir en la conducta infractora ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad (eximentes, atenuantes y/o agravantes)"*.

Y al efecto, la Resolución literalmente dispone (página 80) que *"el Consejo considera que no procede aplicar al caso **las agravantes** que la Dirección de Investigación propone para Carpa Dorada, toda vez que no son tales sino la esencia misma de la conducta que se sanciona. Respecto de **los atenuantes** que alegan las infractoras, el Consejo ya se ha pronunciado en este Fundamento de Derecho sobre el carácter culposo de la conducta y considera que la colaboración de las imputadas se ha limitado a cumplir con el deber que les impone el artículo 39 de la LDC".*

TERCERO.-De acuerdo con la información aportada por las empresas y con las estimaciones realizadas para determinar el volumen de negocios de las empresas asociadas en CVVP, las cantidades sobre las que debe aplicarse el porcentaje para determinar el importe de la sanción serán las siguientes:

	Sumatorio
CVVP	99.480.536
NCP	1.662.944
CD	4.005.363

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Principio normativo de tipicidad.

I.- La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia en su ***Artículo 63 Sanciones*** 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 la 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 decisión.*

Quedan excluidas de la sanción aquéllas 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.*

II.- En cuanto a ***la motivación de las resoluciones*** consignar una vez más la uniforme, constante, reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial (emanada de las Salas del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional) constreñida en este concreto caso a lo expresamente ordenado por el Tribunal Supremo en su ***STS de 16 de Febrero de 2015.***

> *"sobre la interdicción de que los órganos judiciales y/o administrativos incurran en **la violación del deber de motivación de sus decisiones,** que garantizan los Artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, como un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos-administrados".*
>
> *"Y ello como garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no fruto de la arbitrariedad ; y que no impone **SÓLO** la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas **sino que además ésta ha de tener un contenido jurídico"*** (por todas las ***SSTS 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 10 de Marzo; 139/2009 de 15 de Junio; 160/2009 de 29 de Junio….).***

En este mismo sentido la ***STS de 30 de Septiembre de 2009 Recurso de Casación 1435/2008*** en la que sostiene

- *"el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: **(1)** de un lado, la exteriorización de un razonamiento que siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el Juzgador; **(2)** de otro, la extensión del tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que habiendo sido planteadas en el proceso necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y **(3)** en fin, una decisión cuyo sentido abarque inequívocamente todas las pretensiones deducidas. Por cuanto y en todo caso, las resoluciones deben ser claras, precisas y congruentes, a la par que motivadas".*

III.- En cuanto a ***los principios de graduación y proporcionalidad*** reiterar la ***STS de 22 de Mayo de 2015 Recurso de Casación 658/2013*** dictada por la Excma. Sección Tercera de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la que el Fundamento de Derecho Séptimo establece los siguientes pronunciamientos

- ***"(….)*** *es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las Sentencias 6 de Junio 2007 (Recurso Casación 8217/2004) y 30 Septiembre 2013 (Recurso Casación 5632/2009) que exige a la Administración que* ***individualice la sanción*** *para adaptarla a la gravedad del hecho,* ***puesto que el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado;*** *y está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en las Sentencias de 30 de Mayo del 2013 (C-70/12) y 29 de Abril del 2015 (C-148/14) que* ***OBLIGA*** *a las autoridades administrativas sancionadoras y a los tribunales de justicia, en su función de* ***control de la legalidad*** *de las sanciones administrativas impuestas,* ***a considerar la totalidad de las circunstancias de hecho o de derecho específica,*** *así como a tener en cuenta el comportamiento del presunto responsable y la mala fe o el ánimo fraudulento,* ***a los efectos de determinar el importe de la sanción de forma coherente y objetiva, con la debida observancia del principio de proporcionalidad".***

IV.- La Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su ***SAN de 30 de Enero de 2014 (Recurso contencioso-administrativo 422/2012)*** recuerda que

> *"constituye un principio esencial del derecho punitivo español la división en grados* ***(mínimo, medio y máximo)*** *dependiendo la fijación de la cuantía de la multa/sanción la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad: eximentes, atenuantes y/o agravantes".*

De ahí que partiendo de lo prevenido en el ***Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones,*** la doctrina jurisprudencial ha ido desarrollando, concretando y acotando, sobre la base de dicho precepto normativo legal, la siguiente debiendo valorarse

(a) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia
(b) la dimensión y las características del mercado afectado
(c) los efectos de la infracción en el mercado y sobre los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos
(d) la duración temporal de la conducta restrictiva de la competencia
(e) la reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad
(f) la distinción entre conductas plenamente deliberadas de las simplemente negligentes; o en las que coexistan mala fe o un ánimo fraudulento.

Y todo ello ***"a la discrecionalidad que no arbitrariedad"*** que la Ley concede y que debe ser ejecutada ***"ponderando*** *las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida* ***proporcionalidad*** *entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; dado que toda sanción debe determinarse* ***en congruencia con los señalados principios de tipicidad, proporcionalidad e individualización de la sanción,*** *con la finalidad de adaptarla a la gravedad de la conducta".*

V.- En ocasiones puede surgir un conflicto entre los dos objetivos que debe cumplir la sanción: ***la proporcionalidad*** en orden a la gravedad de la sanción a imponer; y ***la disuasión.***

La posibilidad de conflicto obedece a que mientras en el caso de las empresas unisectoriales o uniproducto el volumen de negocios total consolidado coincide en cada ejercicio con el afectado por la infracción, en el caso de las multisectoriales o multiproducto el primero siempre es superior al segundo y en ocasiones con gran diferencia. Podría darse el caso, hipotéticamente hablando, cuando la duración de la infracción lo es a lo largo de un periodo temporal corto que sobre la empresa mulriproducto recayera una sanción que, ***a fuer de disuasoria devenga desproporcionada a la gravedad de la infracción.*** En este supuesto, el órgano sancionador debe estar y atenerse a lo dispuesto en la ***STS de 29 de Enero del 2015 Recurso de Casación 2872/2013.***

> *"(….) sea hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia. (….)* ***Pero tal carácter no puede constituirse en prevalente*** *(….)* ***desplazando al principio de proporcionalidad".***

Ello plantea la necesidad de conocer con qué ***limitación*** opera el carácter disuasorio de las sanciones. En la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia el legislador no lo explicita, de ahí que haya sido vía doctrina jurisprudencial la que lo acote al establecer

> *"Las sanciones (….) en el ámbito del derecho de la competencia –que no difiere en este punto de otros sectores del Ordenamiento– han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones.*
>
> *(….) Si el legislador considera oportuno incrementar el "efecto disuasorio" a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales.*
>
> *(….) Aunque ello dependerá ya del legislador (….) un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel disuasorio adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios* ***sino un plus (….).***
>
> ***En todo caso, corresponde a la Ley –Y NO A QUIEN LA EJECUTA O LA INTERPRETA– establecer los límites que el legislador considere oportunos para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones".***

SEGUNDO.- PRINCIPIO SANCIONADOR.-

Acotada la normativa legal aplicable a este Expediente Sancionador, concretada la infracción como muy grave y en exigencias del cumplimiento de lo resuelto por la Excma. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en los Recursos de Casación 453/2013 para NADORCOTT PROTECTION y 384/2013 para CARPA DORADA la indeclinable recuantificación de la multa que, en su día, les fuera impuesta y ello a la luz de los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia,

dada la ilegalidad de la Comunicación de sanciones, esta SALA entra a considerar las siguientes cuestiones:

1ª la Resolución administrativa dictada el día 4 de Junio del 2013, en vía previa, por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acordaba imponer a NADORCOTT PROTECTION una sanción de €uros 83.147 consecuencia de aplicar un porcentual del 5% sobre el volumen de negocios conforme a lo establecido en el llamado *Sumatorio.*

2ª la Resolución administrativa dictada el día 4 de Junio del 2013, en vía previa, por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acordaba imponer a CARPA DORADA una sanción de €uros 5.426 consecuencia de aplicar un porcentual del 0,013% sobre el volumen de negocios conforme a lo establecido en el llamado *Sumatorio.*

3ª indubitada la conducta infractora predicable para las dos empresas sancionadas; indubitada la duración temporal de la conducta predicable, igualmente, para las dos empresas sancionadas; y dada la inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad (inexistencia de atenuantes o agravantes a considerar a favor y/o en contra de alguna de las dos); dada la imposibilidad doctrinal y jurisprudencial de la *reformatio in peius,* a la par de evitar la discriminación observada a favor de Carpa Dorada (diferencial de los porcentuales aplicados), esta SALA viene en considerar:

- Procede imponer a CARPA DORADA una sanción de €uros 5.426 consecuencia de aplicar un porcentual del 0,013% sobre el volumen de negocios establecido en el llamado Sumatorio: €uros 4.005.363.

- Procede imponer a NADORCOTT PROTECTION una sanción de €uros 2.151,82 consecuencia de aplicar el mismo porcentual del 0,013% sobre el volumen de negocios establecido en el llamado Sumatorio: €uros 1.662.944.

Vistos los preceptos citados y los demás de general de aplicación, esta **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la Sesión Plenaria celebrada en el día de hoy

HA RESUELTO

PRIMERO.- En ejecución de las Sentencias dictadas por la Excma. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Recursos de Casación 453/2013 y 384/2013) en orden a la recuantificación de las sanciones en su día impuestas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (Resolución de 4 de Julio del 2013) venimos a imponer a NADORCOTT PROTECTION SARL una sanción de €uros 2.151,82 y a CARPA DORADA S.L., una sanción de €uros 5.426.

SEGUNDO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del fiel cumplimiento de lo acordado en esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese fehacientemente a NADORCOTT PROTECTION SARL y a CARPA DORADA S.L., haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES a contar desde el siguiente día al de la notificación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: la Audiencia Nacional.