

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta **RESOLUCIÓN** aprobada en el día de hoy, Jueves 9 de Marzo del 2017, en el marco del Expediente S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS.

Concreto y desarrollo **Mi Discrepancia** en los siguientes **MOTIVOS**

I.- VOTOS PARTICULARES

Los miembros de esta Sala de Competencia no sólo **“se autorizan a analizar Mis Votos Particulares”** sino que también y ahora, abordan el amparo normativo legal que los autoriza. De ahí que me vea obligado a hacer las siguientes puntualizaciones.

Primera y en orden a la **Normativa** que los amparan, posibilitan y autorizan, dejar citadas: **Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil** (Artículo 205); **Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial** (Artículos 157 y 260); **Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común** (Artículo 27); **Ley 40/2015 de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público** (Artículo 19.3.c); y **Reglamento de Funcionamiento Interno**.

Segunda y en orden al **Periodo Temporal para formularlos e interponerlos** así como a la concreción de **Días Hábiles e Inhábiles** dejar citadas: **Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** que en su apartado tercero literalmente establece: **“3.- Los Consejeros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular Voto Particular por escrito en el plazo de tres días hábiles, que se incorporará al texto aprobado”**.

La **Ley 39/2015 de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**, dispone en el Parágrafo V de su Preámbulo que **“(…) Como principal novedad destaca la introducción del cómputo de plazos por horas y la declaración de los sábados COMO DIAS INHÁBILES, unificando de este modo el cómputo de plazos en el ámbito judicial y el administrativo”**.

-----0-----

En consecuencia, **“y dado que la Sesión de esta Sala de Competencia en la que se deliberó y falló este Expediente Sancionador finalizó a las 15:15 horas”** el plazo de formulación de este Mi Voto Particular Discrepante podrá hacerse en todo momento antes de las 15:15 horas del Martes día 14 de Marzo del 2017”.

Y no como **inicialmente** pretendía el Sr. Secretario que fuera el sábado (inaplicando lo prevenido en el Reglamento de Funcionamiento Interno de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y **posteriormente** el lunes (desconociendo lo ordenado en la Ley 39/2015 de 1 de Octubre, de Procedimiento Administrativo). Errores de cálculo que en modo alguno pueden ni deben ser imputables a este Consejero.

II.- CUESTION PREVIA

Antes de nada decir que Mi Discrepancia, en modo alguno, lo es en el orden de la valoración conceptual de las conductas infractoras: estamos en presencia de un cártel y, en consecuencia, las empresas imputadas deben ser sancionadas conforme a las previsiones de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Sentado lo anterior, la numerosa relación de empresas imputadas han tenido la oportunidad de conocer la instrucción habida (Pliegos de Concreción de Hechos y Propuesta de Resolución) de ahí que no puedan alegar indefensión o desconocimiento.

Y sentado lo anterior, a este Consejero hoy nuevamente Discrepante, no deja de sorprenderle que la Resolución hoy aprobada por aclamación, **a lo largo y ancho de una extensión de 164 páginas SOLAMENTE aborde el régimen sancionador en unos concretos párrafos**, que seguidamente citaré pormenorizada y separadamente, en **los que a mi juicio y leal saber CARECEN DE MOTIVACIÓN y en consecuencia imposibilitan el conocer su secuencia**, vulnerando con ello el **Principio de Seguridad Jurídica y de Tutela Judicial efectiva**.

Este y no otro es el Motivo de Mi Discrepancia.

En todo caso y con valor **obiter dictum** dejar acreditado que este Expediente fue turnado a la Ponencia el día **14 de Octubre de 2016** y que el Ordenamiento Jurídico (Ley 15/2007 y el Real Decreto 261/2008) son claros e imperativos en tanto concretan los periodos temporales de instrucción y resolución de los expedientes (dieciocho meses), desarrollados por la doctrina jurisprudencial siempre constante y reiterada.

De ahí que sea procedente distinguir entre la **diligencia** (Voto Particular Discrepante) y la posible **negligencia** (Resolución aprobada) que en palabras del Sr. Secretario **“la tramitación del procedimiento en plazo correría alto riesgo de quedar frustrada”**.

No siendo solución, en consecuencia, proceder a la notificación de la Resolución en un momento temporal y con posterioridad y **sucesivamente** hacer notificación del Voto Particular, dado que ambas conforman un todo unitario e indisoluble.

III.- REGIMEN SANCIONADOR Según la RESOLUCIÓN APROBADA

La Resolución aclamada y de la que discrepo sustantivamente por las razones que de forma motivada seguidamente concretaré, aborda las tres infracciones con el siguiente tenor:

1º Primera infracción: cártel del transporte escolar: 6.2.1. Criterios para la determinación de la sanción: valoración global de la primera infracción (página 138) en el que solamente lo es “en orden al volumen de negocios total de las entidades infractoras en 2016, año anterior a la imposición de la sanción” (Tabla gráfica de las páginas 139 y 140) y vuelve **e incide repetitivamente extemporáneamente** en el relato fáctico de la infracción (=HECHOS ya relatados).

De ahí salta a la página 141 y bajo el Parágrafo **6.2.2 Criterios para la valoración individual de la conducta: participación en la primera infracción**, en las siguientes páginas 142 y 143 grafía una Tabla “en donde se recoge el volumen de negocios de los mercados afectados por cada infractora durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción” (=HECHOS ya relatados).

En la página 143 in fine y bajo el Parágrafo **6.2.3 Tipo sancionador a imponer a las entidades infractoras por la primera infracción y ajuste de proporcionalidad** grafía una Tabla en la siguiente página 144 y **solamente ahora y tras 7 páginas** hace las siguientes **genéricas consideraciones** (divagaciones, suposiciones y conjeturas) que literalmente transcribo:

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de UNA EMPRESA en la infracción, como el que se muestra en la Tabla, SI SE APLICA el volumen de negocios total de las empresas multiproducto –las que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado– conduciría a una sanción en EUROS (iiii) que NO respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de esta empresa.

Puede comprobarse el carácter multiproducto de AUTOBUSES SAN ANTONIO, AUTOCARES MALLORCA, AUTOS VICENS, IBIZATOURS, MM ROMERIAS, ROIG BUS y TRANSUNION MALLORCA porque su volumen de negocios MEDIO en el mercado afectado representa menos del 10% de sus

respectivos volúmenes de negocios totales. Es decir, sólo una cantidad relativamente pequeña del volumen de negocios de estas empresas corresponde a los mercados afectados por la conducta.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar **UNA ESTIMACIÓN DEL BENEFICIO ILÍCITO** que la entidad infractora PODRÍA haber obtenido de la conducta **BAJO SUPUESTOS MUY PRUDENTES (es lo que puede determinarse como beneficio ilícito potencial *iiii*)**.

De acuerdo con las **ESTIMACIONES REALIZADAS (*iiii*)** con esos supuestos prudentes, **SI SE APLICARA** (en condicional subjuntivo) a **AUTOBUSES SAN ANTONIO** el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (**4,5% *iiii***) la sanción resultante **SUPERA** el límite de proporcionalidad, **que está en el entorno de 45.600 euros (*iiii*)**.

SI SE APLICARA (en condicional subjuntivo) a **AUTOCARES MALLORCA** el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (**4,6% *iiii***) la sanción resultante supera el límite de proporcionalidad, **que está en el entorno de 234.100 euros (*iiii*)**.

SI SE APLICARA (en condicional subjuntivo) a **AUTOS VICENS** el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y de su participación en la infracción (**4,5% *iiii***) la sanción resultante supera el límite de proporcionalidad, **que está en el entorno de 30.800 euros (*iiii*)**.

SI SE APLICARA (en condicional subjuntivo) a **IBIZATOURS** el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (**4,6% *iiii***) la sanción resultante supera el límite de proporcionalidad, **que está en el entorno de 176.500 euros (*iiii*)**.

SI SE APLICARA (en condicional subjuntivo) a **MM ROMERIAS** el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (**4,5% *iiii***) la sanción resultante supera el límite de proporcionalidad, **que está en el entorno de 20.100 euros (*iiii*)**.

SI SE APLICARA (en condicional subjuntivo) a **ROIG BUS** el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (**4,6% *iiii***), la sanción resultante supera el límite de proporcionalidad, **que está en el entorno de 93.100 euros (*iiii*)**.

SI SE APLICARA (en condicional subjuntivo) a **TRANSUNION MALLORCA** el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (**4,8% *iiii***) la sanción resultante supera el límite de proporcionalidad, **que está en el entorno de 513.500 euros (*iiii*)**.

En los casos señalados en los párrafos anteriores, ES NECESARIO REDUCIR LA SANCIÓN POR MOTIVOS DE PROPORCIONALIDAD, desde la que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción, HASTA QUE LA MULTA ALCANCE EL IMPORTE ESTIMADO COMO LIMITE DE PROPORCIONALIDAD.

-----0-----

6.2.4 Sanciones a imponer por la primera infracción. En la tabla siguiente (páginas 146 y 147).

*Entre las empresas infractoras se encuentran dos, **AUTOCARES LEVANTE y ULTRAMAR EXPRESS** que no tienen actividad en el mercado afectado, PERO CUYA PARTICIPACIÓN EN ESTA PRIMERA INFRACCIÓN HA QUEDADO SOBRADEMENTE ACREDITADA. Su conocimiento de la actividad del cártel era pleno y su participación en él ha coadyuvado a su funcionamiento, PERO NO HA PODIDO ACREDITARSE QUE HAYAN OBTENIDO UN BENEFICIO DIRECTO DE LA CONDUCTA (iiii).*

-----0-----

6.3 Segunda infracción: recomendación de tarifas de transporte discrecional en Mallorca (páginas 148 y 149) en las que se dice literalmente

Se trata de una infracción única y continuada muy grave que ha consistido en la recomendación y difusión por parte de FEBT de las tarifas adoptadas por la Asociación Empresarial del Servicio Discrecional de Viajeros de Baleares de FEBT y AVIBA para el transporte discrecional en la Isla de Mallorca, durante los años 1977 a 2011. La conducta de FEBT no se ceñía a comunicar una determinada información, sino que contenía pautas de homogeneización de comportamiento dirigido a sus asociados, en relación con las tarifas aplicables al transporte discrecional de viajeros en la Isla de Mallorca, por zonas, temporada básica y tipo de excursión.

Constituye, por tanto, una infracción muy grave que, según el artículo 10 de la Ley 16/1989 podrá ser sancionada con una multa de hasta 901.518,16, euros. Para fijar la sanción a la FEBT deberán tenerse en cuenta los criterios previstos en esa norma.

*El mercado afectado por la infracción, tal y como se ha señalado, es el mercado de transporte discrecional en la Isla de Mallorca, **por lo que se trata de un ámbito geográfico limitado (iiii).***

*Por otra parte, hay que tener en cuenta que, como se ha indicado, en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares hay 108 empresas dedicadas al servicio público y 16 al privado, y la mayoría de estas empresas están asociadas a alguna de las 18 asociaciones que integran la FEBT **por lo que el alcance de las recomendaciones es potencialmente muy elevado (iii).***

*Aunque las tarifas recomendadas por la FEBT **no tenían carácter directamente vinculante (iiii)** tenían virtualidad para generar entre los asociados un determinado comportamiento (iiii) limitando la competencia en el sector (destinatarios de la recomendación y terceros agentes tales como operadores turísticos, agencias de viajes, hoteles, etc.) **en perjuicio de los consumidores (iiii).***

PERENNE CONTRADICTION IN TERMINIS.

Por último, es necesario tener en cuenta la prolongada duración de la conducta, que continuó a lo largo de 35 años.

UNA VEZ CONSIDERADOS EL CONJUNTO DE FACTORES EXPUESTOS ANTERIORMENTE, ESTA SALA CONSIDERA QUE ES ADECUADO (iii) IMPONER A FETB UNA MULTA DE 20.000 EUROS POR LA SEGUNDA INFRACCIÓN ACREDITADA.

-----0-----

6.4 Tercera infracción: acuerdos de reparto en el transporte discrecional en Mallorca (página 149) sólo el título. Es necesario ir a la página 151 para encontrar el siguiente **Parágrafo 6.4.2 Criterios para la valoración individual de la conducta: participación en la tercera infracción**. Y así en la siguiente página 152 se grafía una Tabla en la que “se recoge el volumen de negocios en el mercado afectado por cada infractora durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente”.

En el Parágrafo 6.4.3. Tipo sancionador a imponer a las entidades infractoras por la tercera infracción y ajuste de proporcionalidad (páginas 152 in fine y 153) se grafía una Tabla “de acuerdo con todo lo señalado” y en consecuencia “esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras el tipo sancionador que se muestra en dicha Tabla”.

Tipos sancionadores que van desde el 3,30% (para AUTOCARES LEVANTE, AUTOCARES PUERTO POLLENSA y AUTOCARES PUJOS PALMER), **del 3,70%** (para ROIG BUS), **del 4,10%** (para TRANSACOBO), **del 4,60%** (para TRANSUNION MALLORCA) y finalmente **del 4,30%** (para ULTRAMAR EXPRESS TRANSPORT).

A modo de justificación **(iiii)** la Resolución aclamada y de la que discrepo hace las siguientes consideraciones (página 153) que literalmente cito

*Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, como el que se muestra en la tabla, SI SE APLICA AL VOLUMEN DE NEGOCIOS TOTAL de las empresas multiproducto –las que presentan una elevada PROPORCIÓN de su actividad fuera del mercado afectado– CONDUCIRÍA a una sanción en EUROS (iiii) que NO respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de esta empresa (**Up and down o ti vivo argumentativo**).*

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad ES NECESARIO REALIZAR UNA ESTIMACIÓN DEL BENEFICIO ILICITO que la entidad infractora PODRÍA (iiii) haber obtenido de la conducta BAJO SUPUESTOS MUY PRUDENTES (que es lo que puede determinarse como beneficio ilícito potencial iiiii). Cabe preguntarse ¿en dónde está esa estimación?.

De acuerdo con las estimaciones realizadas CON ESOS SUPUESTOS PRUDENTES (CUÁLES iiiii), si se aplica a las empresas infractoras los tipos sancionadores mostrados en la tabla anterior, que son los que corresponden según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción, la sanción

resultante para todas ellas ES MUY INFERIOR A SUS RESPECTIVOS LÍMITES DE PROPORCIONALIDAD.

POR TANTO, PARA NINGUNA DE LAS EMPRESAS ES NECESARIO HACER UN AJUSTE A LA BAJA DE LAS SANCIONES POR MOTIVO DE PROPORCIONALIDAD.

-----0-----

Desde ya, dejar acreditado que tales afirmaciones **CURIOSA Y SORPRENDEMAMENTE COINCIDEN EN UN TODO CON LO QUE DICE EL PUNTO 12 de la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones, declarada por el Tribunal Supremo “ilegal por ser contraria al Ordenamiento Jurídico”.**

Todo Jurista sabe que el Principio de Casualidad no existe en Derecho. Sí y por el contrario, el Principio de Causalidad.

En todo caso y seguidamente concretaré esta ENÉSIMA DISCREPANCIA en el siguiente Motivo.

IV.- COMUNICACIÓN Sobre CUANTIFICACIÓN DE SANCIONES Ulterior Discrepancia

A mi juicio y leal saber, esta Sala de Competencia sigue aplicando la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones, no obstante haber sido declarada ilegal por contraria al Ordenamiento Jurídico. Lo que lleva implícito **la falta de motivación** de esta Resolución aprobada en el día de hoy, de la que DISCREPO, “en orden al régimen sancionador” (*incongruencia omisiva*); lo que produce una indefensión a las empresas ASÍ SANCIONADAS, por vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad.

Y ¿qué dice la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones 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, 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 palparia 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.

V.- FALTA DE MOTIVACIÓN Ulterior Discrepancia

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 Excm. 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”.

VI.- CONCLUSIONES

En mérito a la totalidad de establecimientos anteriormente concretados, este Consejero Discrepante de la Resolución hoy aclamada, lo es por las siguientes causas-motivos:

1º y en todo caso y ***ad cautelam y alternativamente***, por cuanto la Resolución aclamada vulnera el Ordenamiento Jurídico al aplicar *de facto* la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones, declarada por el Tribunal Supremo ilegal por ser contraria al Ordenamiento Jurídico.

Una simple lectura del texto de dicha Comunicación con el desarrollo argumentativo seguido, una vez más, por esta Resolución, tal y como hemos desarrollado anteriormente, hace prueba plena de ello.

2º en todo caso carece de motivación, lo que vulnera los principios de seguridad jurídica y legalidad, dado que es imposible saber cómo se ha llegado a cuantificar la multa-sanción.

Así, por este Mi Voto Particular Discrepante lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 14 de Marzo del 2017.

OTROSÍ DIGO: ANÁLISIS DE MI VOTOS PARTICULARES

Finalmente es de mi interés y derecho dejar acreditados los siguientes pronunciamientos en orden a la formulación de Mis Votos Particulares.

1º la formulación de Votos Particulares Discrepantes tiene su amparo legal en las siguientes leyes procesales que devienen de aplicación, bien directa bien indirecta por inexistencia de precepto expreso en el orden administrativo

- La Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil dispone en su Artículo 205 que *“1. Todo el que tome parte en la votación (...) firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y*

*fundamentos de derecho de la dictada (...) con los que estuviere conforme; 2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al Libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por la mayoría. Cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación, **el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella**".*

- La Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial dispone en su Artículo 157 "1. Concluida la discusión de cada asunto, se procederá a la votación, que comenzará por el Juez o Magistrado más moderno y seguirá por orden de menor antigüedad, hasta el que presidiere. La votación será secreta si lo solicitare cualquiera de los miembros; 2. El Juez o Magistrado que disintiere de la mayoría podrá pedir que conste su voto en contra. Si lo desea, podrá formular voto particular, escrito y fundado, que se insertará en el acta (...).

En su Artículo 260 dispone que "1. Todo el que tome parte en la votación (...) firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, **formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada con los que estuviere conforme; 2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al Libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por la mayoría. Cuando de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación, **el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella**".**

- La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su Artículo 27 Actas dispone "1. De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará **necesariamente** los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados; 2. En el acta figurará a solicitud de los respectivos miembros del órgano, **el voto contrario al acuerdo adoptado**, su abstención y los motivos que la justifiquen o en el sentido de su voto favorable. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporte en el acto o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma; 3. **Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por**

escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas, que se incorporará al texto aprobado; 4. Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos”.

- La Ley 40/2015 de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Artículo 19 apartado 3.c) dispone que **“los miembros del órgano colegiado deberán ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que los justifican”**.

2º por imperativo legal, al formar el Voto Particular Discrepante parte inherente y sustantiva de la Resolución finalmente aprobada y notificada a las partes interesadas, es metafísicamente imposible **so pena de vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica** que el órgano resolutorio pretenda **re-deliberar nuevamente** el procedimiento administrativo ya deliberado y cerrado.

En Derecho tal acontecer viene vedado **“por cuanto dicho órgano administrativo ha perdido la competencia objetiva y funcional para seguir conociendo del procedimiento, Voto Particular incluido”** lo que conlleva la nulidad de todo lo actuado.

3º en clara vulneración del Ordenamiento Jurídico,, el Presidente de esta sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia viene incluyendo en los Órdenes del Día **“el análisis de mis votos particulares”**.

Y al afecto y en amparo a esta afirmación concreto los **ORDENES DEL DIA DEL CONSEJO EN SALA DE COMPETENCIA** siguientes y con sus respectivas leyendas

- **16 de Febrero de 2017 Punto 3. Análisis de los votos particulares formulados por el Consejero Torremocha en el Expediente VS/0312/10 CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES.**
- **12 de Enero de 2017 Punto 3. Análisis de voto particular en el Expediente S/DC/0560/15, COLEGIO ABOGADOS GUADALAJARA 2.**
- **15 de Noviembre del 2016 Punto 3. Análisis votos particulares, Expediente S/DC/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS.**

- **10 de Noviembre del 2016 Punto 3. Análisis de los votos particulares en los Expedientes VS/0179/09 HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS; VS/0241/10 NAVIERAS CEUTA 2; y VS/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA.**
- **3 de Noviembre del 2016 Punto 3. Análisis del Voto Particular formulado por el Consejero F. Torremocha en el Expediente VS/0646/08 AXION-ABERTIS.**
- **27 de Octubre del 2016 Punto 3. Análisis del Voto Particular formulado por el Consejero F. Torremocha en el Expediente VS/0646/08 AXION-ABERTIS.**
- **6 de Octubre del 2016 Punto 3. Análisis de los votos particulares formulados por los Consejeros Torremocha y Valdés en los Expedientes VS/0646/08 AXION-ABERTIS; y SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJE.**
- **15 de Septiembre del 2016 Punto 3. Análisis de los Votos Particulares formulados por el Consejero F. Torremocha en los Expedientes SAMAD/09/13 I HONORARIOS PROFESIONALES ICAM y SAMAD/09/13 II HONORARIOS PROFESIONALES ICAAH.**

4º esta pretensión del Presidente acogida incondicionalmente por los Consejeros Sra. Ortiz y Sr. Guinart, por cuanto nunca se han opuesto a la misma, **fueron sistemáticamente reprobadas** por mí y por el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz **por entender vulneraba el principio de legalidad y también el de seguridad jurídica**; y así consta expresamente en las Actas correspondientes.

5º los Órdenes del Día son **publicitados y enviados** por el Señor Secretario a los cinco Consejeros que conforman esta Sala de Competencia, a sus respectivas secretarías, a la Dirección de Competencia, al departamento de Promoción de la Competencia, a la Jefa de Prensa de la Comisión, etc.

6º en una obviedad evidente que tal acontecer **tiene una finalidad coaccionante y obstruccionista a mi labor jurisdiccional y al desempeño de las funciones que tengo asignadas por Ley.**

No es cuestión menor **“la usurpación de funciones”** que se irroga esta Sala, contraviniendo el ordenamiento jurídico, reiterada y reiterativamente”.

7º en todo caso, tras la promulgación y publicación de la Constitución española, los **Tribunales de Honor** fueron declarados anticonstitucionales y su aplicación **contra legem** incurra en el conocimiento del orden jurisdiccional penal.

Fecha ut supra, 14 de Marzo de 2017.