

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta RESOLUCIÓN aprobada por aclamación en el día de hoy 9 de Mayo del 2017, en el marco del Expediente VS/0317/10 MATERIAL DE ARCHIVO.

Concreto mi DISCREPANCIA en los siguientes **MOTIVOS**

I.- PREVIO ESTABLECIMIENTO

No cuestiono la imposición de la sanción. Cuestiono una vez más el oscurantismo y la falta de motivación que ha llevado a concretar la multa.

En amparo de esta Mi Primera Discrepancia, paso a relacionar los siguientes particulares de la Resolución que se desarrolla a lo largo de 12 folios y solamente en las páginas 10 y 11 se acierta a decir

*“El tipo sancionador que se considera que debe aplicarse a cada entidad infractora, atendiendo a la gravedad y a las circunstancias concurrentes en la conducta, así como a la participación en ella de cada una de las empresas, **SERIA LA SIGUIENTE:***

*“La utilización del volumen total de ventas de cada empresa como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde a cada una en función de su conducta, de acuerdo con el artículo 63 LDC, **exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción**, particularmente en el caso de empresas multiproducto. En este sentido, **se 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**).*

*“En este sentido, aunque un tipo sancionador **fuera proporcionado** a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen total de negocios de la empresa **podría conducir** a una sanción **EN EUROS (iiii)** que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva en el mercado afectado por la infracción.*

*“En el caso de las empresas infractoras a las que se refiere este expediente de recálculo no sucede lo anteriormente descrito, porque en los tres casos los importes de las sanciones que resultan de aplicar los tipos sancionadores de la tabla anterior, **se encuentran claramente por debajo del límite de proporcionalidad estimado (iiii)**.*

“La tabla siguiente muestra la sanción que corresponde a cada una de las empresas en ejecución de las respectivas sentencias de la Audiencia Nacional, teniendo en cuenta la reducción del 50% que le corresponde a DOHE, de acuerdo con el artículo 63 LDC.

“En ninguno de los casos las multas de la tabla anterior superan las sanciones impuestas por la resolución original de la CNC, por lo que no procede aplicar la prohibición de reformatio in peius.

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a DOHE S.A., ESSELTE S.A., y GRAFOPLAS DEL NOROESTE S.A., (...) las siguientes multas:

-----0-----

Mi DISCREPANCIA, en este concreto apartado, lo es por las siguientes consideraciones:

1ª en la literal transcripción de la línea argumental, **se observa** una concreta y determinada referencia a empresas multiproducto, para seguidamente decir que *“ello no se refiere a las empresas infractoras en este expediente”*.

2ª siendo la misma la conducta infractora; la duración de la infracción; la gravedad de la misma; el alcance y ámbito geográfico de la conducta; las características del mercado; los efectos; el seguimiento de los acuerdos; la no concurrencia de agravantes y atenuantes, **se imputan a capón** unos porcentuales, a mi juicio discriminatorios que van desde el inicial **5,70% al 6,10% pasando por el 6,10%** con posterioridad modificados y finalmente concretados en el **5,40%, 6.30% y 5,8%**.

Prima facie cabe preguntarse por qué no el 9,8% o por qué no el 2,3% etc.

Podría aceptar tal **disparidad** si se hubiera argumentado el porqué de la misma. Pero al no hacerlo así, la Resolución aclamada se dicta en discriminación en clara vulneración del Principio de Seguridad Jurídica ex Artículo 9 CE y doctrina jurisprudencial que seguidamente concretaré.

3ª en la Resolución aclamada se cita el beneficio ilícito para las empresas multiproducto, pero **no sólo no se desarrolla SINO lo que es más importante “no se refiere a este Expediente”**.

4ª en conclusión, la Resolución aclamada de la que discrepo **se limita** a concretar unos tipos sancionadores (con posterioridad modificados) **sin explicación de los mismos**, lo que contradice los más elementales principios, de cumplimiento obligatorio y necesario, en un Régimen Sancionador.

II.- **SEGUNDA DISCREPANCIA: Falta de motivación**

Una vez más decir y reiterar lo que vengo manifestando en mis Votos Particulares Discrepantes, por cuanto una vez más las Resoluciones finalmente aclamadas **siempre** se repiten, llegando al extremo que parecen redactadas por la misma mano. Con una curiosa circunstancia, que por consecuencia de mis discrepancias se observa que *“su redacción va dejando en el camino algunos de los párrafos desvirtuados, lo que culmina con lo escueto de esta última”*.

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

*“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 simple cita**) 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”.

-----0-----

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.

-----0-----

A modo de conclusión, finalmente citar la **STS 3 de Febrero de 2017**, dictada por la Excm. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al concretar y establecer que: “la sanción surge de un ejercicio puramente formulario y mecánico (...) la falta de efectos (...). Compartimos con la parte recurrente la apreciación de que la sanción se ha impuesto de forma mecánica, sin valorar la concurrencia de los criterios de graduación a que se refiere el artículo 64 de la LDC”.

OTROSÍ DIGO: ANÁLISIS DE MIS 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

- **9 de Mayo de 2017 Punto 3 Análisis del voto particular en el expediente SAMAD/06/2015 ICAM JUSTICIA GRATUITA / TURNO DE OFICIO.**
- **11 de Abril de 2017 Punto 3 Análisis del voto particular formulado en el expediente VS/0237/10 MOTOCICLETAS.**
- **23 de Marzo de 2017 Punto 3 Análisis de los votos particulares formulados en los expedientes VS/0037/08 COMPAÑÍAS DE SEGUROS DECENAL y S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS.**
- **9 de Marzo de 2017 Punto 3 Análisis del voto particular formulado en el expediente S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA.**
- **16 de Febrero de 2017 Punto 3 Análisis del voto particular formulado por el Consejero Torremocha, en el expediente VS/0312/10, CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES.**
- **12 de Enero de 2017 Punto 3 Analisis 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. Lo que conlleva la agravante de publicidad y ello con fines espurios.

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**. Conducta que, en todo caso, se adentra en la figura y tipo de la usurpación de funciones.

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.

10 de Mayo de 2017