Roj: **SAN 1390/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1390**

Id Cendoj: **28079230062014100186**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **14/03/2014**
Nº de Recurso: **153/2013**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **CONTENCIOSO**
Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1390/2014,**
STS 281/2015

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

Madrid, a catorce de marzo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Cordex SGPS y Flex 2000 Productos Flexiveis S.A..** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Ramón Pérez García, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2013** , relativa sanción siendo **Codemandada** Recticel S.A. y Recticel Ibérica SLU y la cuantía del presente recurso 4.521.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Cordex SGPS y Flex 2000 Productos Flexiveis S.A.., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Ramón Pérez García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2013, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente. Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día cuatro de marzo de dos mil catorce.

CUARTO **:** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2013, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 4.521.000 euros

por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE .

SEGUNDO : Antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo, hemos de recordar el contenido de la parte dispositiva de la Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos:

"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 autoras la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE ESPUMA DE POLIURETANO (ASEPUR), ESINCA, S.L., EUROSPUMA- SOCIEDADEINDUSTRIAL DE ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A., FLEXIPOL ESPUMAS SINTÉTICAS, S.A. y solidariamente su matriz COPOFOAM, S.L., FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y su matriz CORDEX, S.G.P.S., INTERPLASP, S.L., PAGOLA POLIURETANOS, S.A., RECTICEL IBÉRICA, S.L. y solidariamente su matriz RECTICEL, S.A., TEPOL, S.A., TORRES ESPIC, S.L. y YECFLEX, S.A., consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cartel de empresas.SEGUNDO. Imponer a las empresas como autoras de la conducta infractora las siguientes multas:...- Siete millones quinientos setenta y cinco mil euros (7.575.000?) a FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y solidariamente a su matriz CORDEX, S.G.P.S.,...CUARTO. Declarar que FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. reúne los requisitos del artículo 66 LDC y, en consecuencia, aplicarle una reducción del 40% importe de la multa, lo que supone que les corresponde pagar una sanción de cuatro millones quinientos veinte y un mil euros (4.521.000?)."

TERCERO : Del contenido de la Resolución impugnada hemos de destacar:

"3.5. EMPRESAS GRUPO CORDEX: CORDEX, S.G.P.S y FLEX 2000-PRODUTOS FLEXIVEIS S.A.(95) FLEX 2000-PRODUTOS FLEXIVEIS S.A. (FLEX 2000) es una empresa portuguesa dedicada a la producción, transformación y comercialización de productos de poliuretano, materias primas sintéticas, laminación de placas, tubos y perfiles. FLEX 2000 produce y distribuye diferentes tipos de espuma flexible de poliuretano, con base de poliéter, para la fabricación de productos para el confort (como, por ejemplo, VISCOFLEX, MEDIFLEX o PLUMEX) y, de hecho, su volumen de negocios en este sector procede fundamentalmente de la fabricación y comercialización de dicha espuma. FLEX 2000 se dedica a la fabricación de estos productos desde 1976, cuando se inició la producción de espuma flexible de poliuretano. Fue en la década de los 80 cuando la empresa se destacó en el mercado de Portugal, creciendo su actividad a partir del año 2000 y se consolida en el mercado ibérico (folios 179-180 y 5554 y 5555).(96) El capital accionarial de FLEX 2000 se distribuye entre CORDEX, S.G.P.S., que ostenta un 50%; CORDEX, COMPANHIA INDUSTRIAL TEXTIL, con un 20%, y el 30% restante se encuentra repartido en partes alícuotas entre particulares. CORDEX, S.G.P.S. y CORDEX COMPANHIA INDUSTRIAL TEXTIL son las dos compañías holding en torno a las cuales se estructura el GRUPO CORDEX.(97) En lo que se refiere a la estructura última de control del GRUPO CORDEX, el 92% de las acciones del Grupo (y por tanto, las de CORDEX, S.G.P.S. y CORDEX COMPANHIA INDUSTRIAL TEXTIL) pertenece en proindiviso a la comunidad de herederos del fundador del Grupo (folios 9284 a 9300).(98) FLEX 2000 no pertenece, ni ha pertenecido en ningún momento desde su creación, a ASEPUR (folios 2447 a 2451)...Los hechos acreditados en este expediente se fundamentan en la información facilitada por RECTICEL en su solicitud de exención, la información aportada por FLEX 2000 en su solicitud de reducción presentada con carácter previo a las inspecciones, la documentación recabada en las inspecciones realizadas el 16 de febrero de 2011 por la CNC en ESINCA, INTERPLASP, PAGOLA, TEPOL y TORRES ESPIC y por la Autoridad de Competencia portuguesa en EUROSPUMA, FLEXIPOL y FLEX 2000 y remitidas a la CNC en aplicación del artículo 12 del Reglamento del Consejo 1/2003 , la información aportada por FLEXIPOL con posterioridad a éstas, así como en las contestaciones a los requerimientos de información realizadas a las empresas incoadas.3.1 La DI realiza la siguiente síntesis de la conducta que ha quedado acreditada:(131) El cártel se organizó a través de reuniones que se celebraban de manera periódica a través de ASEPUR en las que directivos de las empresas incoadas, pertenecientes o no a esta Asociación, pues en estas reuniones también participaron las empresas auditoras externas encargadas de controlar los acuerdos alcanzados por el cártel y a partir de 2000 las empresas portuguesas incoadas, acordaban precios y el reparto del mercado español de espuma de poliuretano.(132) Estas reuniones se complementaban con contactos telefónicos entre los directivos de las empresas participantes en el cártel y si alguna de las empresas participantes el cártel no asistía a alguna reunión del cártel eran informadas de los acuerdos adoptados2.(133) Es especialmente significativo que durante el periodo de vigencia del cártel sus reuniones se mantuvieron al más alto nivel de representación y que dichos representantes permanecieron, casi en su totalidad, inalterados en cuanto al nivel de representación generalmente, Directores Generales o Directores Comerciales, y que las personas se sustituían conforme se producían cambios en dichos cargos directivos, estando los Consejeros Delegados y Presidentes de las empresas del cártel informados sobre la existencia del mismo.(134) El Anexo I de este Pliego contiene una tabla con las personas que han ocupado u ocupan cargos en las entidades incoadas en este expediente sancionador y han participado en las prácticas objeto de investigación.(135) Las reuniones estaban organizadas por ASEPUR con un orden del día comunicado con antelación a la reunión. Debido principalmente a que ASEPUR no contaba con una sede adecuada para estas reuniones la mayoría de ellas se celebraron en la sede de la

ASOCIACION ESPAÑOLA DE INDUSTRIALES DE PLÁSTICOS (ANAIP), a la cual ASEPUR pertenece, o en la sede de COOPERS & LYBRAND, empresa consultora externa contratada para supervisar parte de los acuerdos alcanzados por el cártel, si bien en ocasiones los participantes en el cártel se reunieron en otras ubicaciones tales como hoteles, cubriendo ASEPUR todos los gastos y coste de estas reuniones. ASEPUR, por tanto tiene un papel propio en el cártel convocando, organizando y amparando las reuniones en las que se concluían o verificaban la implementación de acuerdos anticompetitivos y a las que asistían empresas que no pertenecían a la asociación pero participaban en estas prácticas así como en ocasiones ejerciendo un papel de representación del cártel. (136) En estas reuniones de ASEPUR se trataban temas generales relacionados con el sector que constaban en el acta de la reunión así como temas relacionados con los acuerdos de precios o de reparto de mercado y su implementación que no constaban en dichas actas, como ha constatado esta DI por las anotaciones realizadas durante dichas reuniones, en correos electrónicos relativos a las mismas y en declaraciones efectuadas a esta DI por las empresas solicitantes de clemencia3.(137) En este sentido las entidades participantes tenían especial cuidado en mantener estos acuerdos en la más estricta confidencialidad siendo conscientes de la ilegalidad de la conducta llevada a cabo en las reuniones con competidores como puede verse con claridad en el informe interno realizado por un representante de INTERPLASP asistente a una de estas reuniones4:"Orden del día:Se trata de hablar de la situación del mercado. Precios de materias primas han subido, y se prevé que suban más. Algo hay que hacer al respecto.Lo que se hable...con la mayor confidencialidad posible. Ya que estos temas que se tratan en este tipo de reuniones está penado por el tribunal de competencia. Y hay que evitar cualquier tipo de denuncia (...)".(138) Las entidades participantes, por tanto, eran conscientes de la ilegalidad de la conducta o trataban de ocultar el cártel bajo apariencia de legalidad, y por ello en las actas de las reuniones de ASEPUR no constaban los puntos relativos a los acuerdos sobre precios ni limitación y reparto de la producción, y el control del mismo, como se verá más adelante, trata de ocultarse como una auditoría medioambiental para la reducción de gases con efectos contaminantes.(139) En el expediente se ha considerado el inicio del cártel la reunión celebrada en ASEPUR el 23 de enero de 19925, pues aunque de acuerdo con la información obrante en el expediente se tienen constancia de contactos previos anteriores, en esta reunión se establecieron las condiciones de un acuerdo para la limitación y reparto de la producción en función de cuotas o "contingentes" que los operadores no podían superar, así como el incremento progresivo de los precios. El acuerdo sería controlado por parte de empresas auditoras externas, COOPERS & LYBRANS y ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN S.L. bajo la apariencia de auditorías medioambientales las cuales tendrían el supuesto objeto de reducir la emisión de compuestos contaminantes en el proceso de producción de las espumas. Así consta en el documento firmado el 5 de mayo de 1993 por YECFLEX, ESPIC, ESINCA, POLICASTILLA, TEPOL, SIMAPA, INTERPLASP, COPO IBÉRICA, ICOA, ÁLVARO ESTEVE, FIBRAS ALCALÁ, PAGOLA POLIURETANOS e INESPO, denominado "Acuerdo Sectorial sobre el Plan de Actuación Medioambiental (PAM)", vigente hasta el 31 de diciembre de 2000.(140) Esta limitación y reparto de cuotas de producción (contingentación) entró en crisis debido principalmente al incremento de las ventas de productores portugueses en España y de productores españoles en Portugal de tal forma que los acuerdos de limitación de la producción y reparto de contingentes no disminuía la oferta de producto e igualmente resultaba mucho más difícil controlar el precio del producto. Por este motivo entre finales de 1999 y el año 2000 el cártel centró sus esfuerzos en el establecimiento de acuerdos para el incremento del precio del producto integrando a los fabricantes portugueses en el cártel, para lo cual se comienza a invitar a estas empresas portuguesas a las reuniones celebradas en España en ASEPUR. Por tanto entre los años del 2000 al 2011 el cártel se centra en concluir acuerdos de incrementos progresivos de precios y discutir sobre su implementación a través de las reuniones de ASEPUR sin el control ejercido por parte de los auditores externos indicados anteriormente.(141) Los acuerdos sobre precios en las reuniones de ASEPUR en este período se concluían tras un intercambio de información, bien de manera previa a la reunión o durante la misma, sobre la situación del mercado y el incremento de los costes de la materias primas, tras la cual se fijaban incrementos de precios en porcentaje o en valor absoluto así como la fecha de implementación y anuncio a los clientes6. Tras los acuerdos realizados en las reuniones se podían producir contactos telefónicos bilaterales entre los participantes. Los competidores también se comunicaban entre sí para transmitir el incremento de precios o precios mínimos acordados a empresas que no habían participado en las reuniones físicamente o para verificar que éste había sido realizado7. Además de las llamadas de seguimiento para vigilar la implementación efectiva, en ocasiones también se organizaban reuniones de ASEPUR para tratar sobre la efectiva ejecución de un acuerdo previamente acordado y/o verificar que la implementación había tenido lugar.(142) Estas reuniones de seguimiento tendrían lugar generalmente entre tres semanas y un mes después de la fecha acordada para el aumento de precio8. (143) No obstante también ha quedado acreditado que en ocasiones las empresas no conseguían llegar a un consenso en las reuniones del cártel por lo que no se concluía un acuerdo en ese momento y se trataba en reuniones posteriores. También se constataba en ellas la existencia de incumplimientos puntuales de empresas en cuanto a la cantidad finalmente incrementada o el momento. Por ello se plantearon a lo largo del periodo de vigencia del cártel distintas estrategias para obligar a las empresas del cártel a cumplir los acuerdos y así consta en el expediente la constitución de garantías económicas depositadas en notario para asegurar el cumplimento de las cuotas en el reparto de mercado o intentos por parte de las empresas del cártel de establecer vigilancias

y represalia para obligar a las empresas a implementar los acuerdos.(144) En relación al seguimiento de los acuerdos los participantes del cártel adquirían los listados de precios de los competidores bien de manera directa siendo proporcionada por el propio competidor o bien a través de clientes y así en las inspecciones realizadas tanto por la autoridad portuguesa de competencia como en las realizadas por esta DI aparecen listados de precios de empresas competidoras en las sedes de las empresas inspeccionadas10..."

Y continúa la Resolución:

"En el presente expediente sancionador se analizan determinadas prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de precios y reparto de mercado que afectan al ámbito de la fabricación y comercialización de la espuma flexible de poliuretano destinada al confort en España.La DI considera que la conducta analizada es una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE . Considera la DI que dicha conducta entra dentro de la definición de cártel, en cuanto que consistió en la adopción distintas medidas colusorias que se adaptaban en el tiempo en función de las circunstancias del mercado, observándose durante la vigencia del cártel acuerdo para la limitación de la producción con el reparto de cuotas de producción y acuerdos sucesivos para el incremento de los precios realizados a lo largo del tiempo. Se trata por tanto de una infracción única, compleja y continuada, cuyo inicio se remonta desde el año 1992 y que se prolonga hasta, al menos, 2011...Asimismo, la DI argumenta que los acuerdos colusorios analizados tienen efectos sobre el comercio intracomunitario y, por tanto, son susceptibles de infringir el artículo 101 del TFUE . Se basa en que las conductas afectan a la totalidad del territorio nacional participando en el cártel empresas que ostentan la mayoría de la cuota del mercado español, pero además participan empresas portuguesas que comercializan su producto en España y empresas españolas que comercializan su producto en Portugal, por lo que el comercio intracomunitario está directamente afectado.La DI recuerda que, dado que se trata de infracción por objeto, de acuerdo con la doctrina no es necesario acreditar efectos. Dada la duración del cartel, al menos 20 años, considera que no es fácil cuantificar los efectos porque no es posible establecer cómo se hubiera comportado el mercado en ausencia de la colusión. No obstante, afirma que de la información que obra en el expediente puede concluirse que los acuerdos alcanzados por el cártel tuvieron un impacto real en el mercado...Sobre la acreditación de los hechosRECTICEL y FLEX 2000 muestran su absoluta conformidad con los hechos acreditados en el PCH y con la calificación jurídica que de ellos hace la DI. FLEXIPOL/COPOFOAM muestra su conformidad con los hechos, aunque considera que algunos de ellos no han sido debidamente apreciados por la DI, sin que en su opinión ello suponga faltar a la obligación de colaboración...FLEX 2000-PRODUTOS FLEXÍVEIS, S.A. y solidariamente su matriz CORDEX, S.G.P.S. es considerada responsable de la infracción por su participación en las conductas desde el 19 de julio de 2000 hasta el 10 de septiembre de 2010, fecha en la que presentaron su solicitud de reducción del importe de la sanción. FLEX 2000 muestra su absoluta conformidad con los hechos acreditados en el PCH y con la calificación jurídica que de ellos hace la DI...El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.El art. 63.1 de la LDC atribuye a la CNC la potestad de sancionar a las empresas y asociaciones de éstas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan la prohibición de acuerdos colusorios. Conforme a reiterada jurisprudencia el principio de culpabilidad es consustancial a las infracciones de cártel, pero además de los hechos probados de esta Resolución resulta acreditado que las empresas eran conscientes del carácter ilícito de su conducta anticompetitiva.En el presente caso estamos por tanto ante una infracción muy grave, merecedora de sanción económica. Para su cálculo debe estarse a los artículos 61 a 64 de la LDC , que establecen los criterios fundamentales que deben tenerse en cuanta a la hora de establecer dicha cuantía, criterios que inspiran la "Comunicación de la CNC 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".Volumen de ventas afectadoDe acuerdo con el párrafo (10) de la Comunicación, "El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Las ventas de cada periodo se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el punto (15)".Las conductas afectan a las ventas de espuma de poliuretano flexible para confort y es esta la variable que debe tenerse en cuenta a efectos del cálculo del importe básico de la sanción...FLEX 2000 está de acuerdo con la DI y cree que cumple sobradamente con todos los requisitos establecidos en el art. 66 de la LDC . Considera que resulta merecedor de la reducción máxima del 50% por el elevado valor añadido de la información aportada (en términos de su "importancia cualitativa" y de su "alto valor acreditativo", así como por el momento de su presentación, cinco meses antes de que se llevaran a cabo las inspecciones en las sedes de la mayoría de las imputadas. Argumenta que en el ámbito comunitario lo normal es que se conceda al primer solicitante de reducción un 50%.FLEX 2000 señaló en sus alegaciones al PCH que, con anterioridad a su solicitud, el ámbito temporal de la participación de las empresas portuguesas se situaba en el año 2002 y que, gracias a su solicitud de clemencia, se ha constatado su participación en el cartel desde el año 2000. La DI ha acogido

este argumento en su Propuesta de Resolución y propone que a los efectos de determinar el importe de la multa que le corresponda no se tenga en cuenta el periodo adicional de su participación en el cártel desde 19 de julio de 2000 hasta 2002.El Consejo está de acuerdo con esta propuesta. Con la declaración del primer solicitante de clemencia se disponía de prueba de la infracción para un conjunto de empresas desde 1992 a 2011 y para otras (EUROESPUMA y FLEX 2000) desde 2002. La declaración de FLEX 2000 efectivamente permite alargar el periodo de la infracción para estas dos empresas situando el inicio de la infracción para ambas desde el 19 de julio de 2000. Por ello, en aplicación de lo previsto en el art. 66.3 de la LDC , el Consejo considera adecuado que a los efectos de determinar el importe de la multa que le corresponda a FLEX 2000 no se tenga en cuenta este periodo adicional.Por otro lado, para valorar el importe de la reducción que le corresponde en aplicación del artículo 66 de la LDC el Consejo toma en cuenta que la declaración de FLEX 2000 se presenta muy pronto, un mes después de la de RECTICEL, mucho antes de la inspección y que la misma tiene valor añadido significativo porque viene a complementar la de RECTICEL, aporta información adicional muy relevante para entender las conductas a nivel ibérico, contribuye a probar la continuidad de la infracción, aporta elementos de prueba más allá de la mera declaración y tiene un carácter detallado.Por otro lado, el Consejo considera que la empresa ha cumplido con los requisitos previstos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo 65 de la LDC .En vista de todo ello, en virtud del artículo 66.1 de la LDC , el Consejo acuerda reducir el importe de la multa que le correspondería a FLEX 2000, una vez aplicada la exención parcial antes descrita en un 40%. Ello supone que la multa a pagar por FLEX 2000 sería de 4.521.000?, lo que supone una reducción que no supera el 50% del importe final de su sanción..."

CUARTO : Respecto de la calificación jurídica de esta conducta, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007 :

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

El artículo 101 del TFUE :

"1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."

La recurrente sostiene como fundamento de su impugnación a) la sanción se ha calcula de forma contraria a lo establecido en el artículo 63 de la Ley 15/2007, b) se ha aplicado el 40% de reducción de la multa por aplicación del artículo 66 de la misma Ley , cuando debió ser el 50%, y c) no se ha aplicado la atenuante por la actitud pasiva de la recurrente en las conductas sancionadas y se ha cometido un error en el cálculo del importe básico de la sanción.

QUINTO: Debemos ahora examinar la graduación de la multa que procede imponer. Para ello es necesario analizar dos extremos, la configuración legal del porcentaje y el volumen de negocio sobre el que ha de aplicarse. Veamos en primer lugar la dicción literal de los preceptos que determinan la sanción:

El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

Y el artículo 63 de la Ley 15/2007 determina:

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

Analizaremos estos preceptos, idénticos entre sí en relación con las infracciones muy graves, desde los parámetros señalados. Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%. En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2 :

"2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación."

En la sentencia de 12 de diciembre de 2012 , el Tribunal General afirma:

"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006 , Westfalen Gassen Nederland/ Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174 , y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05 , Rec. p. II-1443, apartado 280).161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08 , Rec. p. II-0000, apartado 74).164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave,

no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia Costa vs Enel, y, posteriormente, sentencia Simmental y sentencia Kreil. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita. La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación: a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 *(El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión),* o en el artículo 290 *(Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo)* b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4: *"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."* A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento. Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos: a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión; b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 : *"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:- orden de cesación de la infracción, - adopción de medidas cautelares, - aceptación de compromisos,- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."* Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento *"Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral." -*; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional. Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución . En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003 :

"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril . En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE : «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía

en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6 ; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3.En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3 , y 123/2001, de 4 de junio , FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11 , y 196/2002, de 28 de octubre , FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [STC 62/1982, de 15 de octubre , FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo , FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero , FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3 ; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 34/1996, de 11 de marzo , FJ 5)."

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal. En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2 ; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3 ; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8 ; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10 ; y 25/2002, de 11 de febrero , FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre , «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina *"cuadro de las existentes"*. Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de Lex certa y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC. La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución. En conclusión hemos de señalar: a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje. b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC. La Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2007 dispone:

"La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia."

Del contenido anterior, se concluye que la CNC en sus comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, pero ello no implica una habilitación para fijar las sanciones. Por ello la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, y a ello hace referencia la respuesta del Sr. Abogado del Estado a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución , en los términos examinados. La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 - y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables. En este sentido se expresó la sentencia del TS de 6 de marzo de 2003 al señalar que no se observaba vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Ley 16/1989 , pues entendió que tal artículo señalaba el máximo de multa pecuniaria, y admitía la posibilidad de una graduación razonada atendiendo también a los criterios legalmente establecidos.

SEXTO: Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse. El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

" *... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."*

El artículo 63 de la Ley 15/2007 :

" *Las infracciones muy graves con 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."*

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos *ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa,* la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC. Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto "... *volumen de ventas..."* o *"... volumen de negocios total..."* : y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora. Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción. Para determinar el sentido de la norma atenderemos: a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida, b) finalidad de la norma: consiste en la reprensión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia. Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción. Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal General antes citada:

"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."

La vinculación del valor de las ventas de bienes o servicios en relación directa o indirecta con la infracción en el sector geográfico correspondiente, es precisamente el parámetro establecido para la determinación de las sanciones que deben imponerse, pero como en nuestro Derecho esas sanciones han de venir establecidas por la Ley - y el Reglamento CEE 1/2003, en su artículo 5 remite la imposición de las sanciones al Derecho interno -, el parámetro del mercado afectado directa o indirectamente por la infracción ha de venir referido al cuadro de sanciones del artículo 63 de la Ley 15/2007 . El artículo 3 del Código Civil establece:

"1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

El criterio gramatical no es suficiente para resolver el problema, pues el precepto de aplicación se refiere al *volumen de negocios total de la empresa infractora* , pero sin especificar a) si el volumen de negocios total lo es en todas las ramas de actividad o tan sólo en la afectada, b) si el concepto de empresa viene referido a la "unidad patrimonial autónoma y compleja" a través de la cual se realiza la actividad económica, a la personalidad jurídica de la entidad infractora o al grupo empresarial en que se integra de existir éste. Lo que resulta claro, es que se excluye de la base para la imposición de la sanción el concepto de volumen de operaciones afectadas por la infracción, pues el concepto de "volumen de negocios total" no puede incluir tan solo las operaciones afectadas por la infracción sino que ha de ser más amplio, precisamente porque se señala el término "total" No es el criterio gramatical suficiente para solucionar el problema jurídico que se plantea, pues los conceptos que contiene el precepto admiten, desde el punto de vista jurídico, diversas acepciones y delimitaciones; por tal razón hemos acudido "al espíritu y finalidad" de la norma para la delimitación del concepto que encierra y que es, precisamente, la base sobre la que debe aplicarse la sanción. Por último, hemos de señalar, de una parte, que la interpretación normativa ha de venir resuelta por parámetros de prevalencia del Derecho europeo y de constitucionalidad en primer término, que deben operar con preferencia a la voluntad del legislador, pues tanto el Derecho Europeo como la Constitución son normas prevalente a las de rango de Ley. De otra parte, el supuesto en que una empresa haya cesado en su actividad con anterioridad al año anterior a la Resolución de la CNC, es irrelevante, pues en tal caso, tampoco podría aplicarse el 10% como umbral de nivelación, y, en todo caso, el criterio temporal de la norma es claro. Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% del volumen de negocios del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción.

SEPTIMO: En cuanto a la aplicación del artículo 66 de la Ley 15/2007 , recordaremos su dicción literal:

"1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, yb) cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior.2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento.b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento.c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa..."

La CNC ha razonado la aplicación del artículo 66 en los siguientes términos : *"Por otro lado, para valorar el importe de la reducción que le corresponde en aplicación del artículo 66 de la LDC el Consejo toma en cuenta que la declaración de FLEX 2000 se presenta muy pronto, un mes después de la de RECTICEL, mucho antes de la inspección y que la misma tiene valor añadido significativo porque viene a complementar la de RECTICEL, aporta información adicional muy relevante para entender las conductas a nivel ibérico, contribuye a probar la continuidad de la infracción, aporta elementos de prueba más allá de la mera declaración y tiene un carácter detallado."* El precepto que examinamos, establece una reducción de la sanción, de entre el 30% y el 50% de su importe. Se ha aplicado el porcentaje en su grado medio, y no existen razones que justifiquen la aplicación en su porcentaje máximo, habiendo tomado la CNC su decisión previa ponderación de las circunstancias concurrentes. En cuanto a la atenuante por la pasividad de la recurrente, el artículo 64 de la Ley 15/2007 , establece:

"3. Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.d) La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley ."

Debe ser considerada la atenuante prevista en la letra b). En cuanto al error en el cálculo, acierta el Sr. Abogado del Estado al señalar que la recurrente no aporta elementos de los que resulte dicho error. Debe rechazarse esta causa de impugnación.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Cordex SGPS y Flex 2000 Productos Flexiveis S.A..** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Ramón Pérez García, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de febrero de 2013** , debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la sanción de multa impuesta a la recurrente, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en este extremo dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente, **ordenando** a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2012, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada en la delimitación del mercado afectado y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos y con aplicación de la atenuante de "no aplicación efectiva de las conductas prohibidas", **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado D Santiago Soldevila Fragoso, a la sentencia de 14 de marzo de 2014 dictada en el recurso **153/2013**.

La sentencia de la que discrepo plantea dos cuestiones vinculadas a la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), que deben resolverse, en mi opinión, en sentido distinto al adoptado por la mayoría:

a) La primera: sobre la naturaleza, para fijar la multa, del porcentaje del 10% del volumen de negocios de la empresa sancionada.

b) La segunda: sobre la base que este límite debe aplicarse.

PRIMERO: Por lo que respecta a la primera de las cuestiones referidas, esto es, la determinación de la naturaleza del límite del 10%, mi discrepancia se refiere al FJ 5 de la sentencia de referencia, y la formulo en los siguientes términos:

1º. En mi opinión, la distinta naturaleza jurídica de la Comisión Europea y la CNC no tiene la importancia que la sentencia le confiere, pues, aunque, sin duda, su régimen jurídico y estatuto son distintos, ambas son, en lo que a este caso afecta, organizaciones administrativas que imponen sanciones en materia de libre competencia, siendo estas sanciones de naturaleza penal a los efectos de la Convención de Roma de 4 de noviembre de 1950.

Esta doble circunstancia resulta compatible con la Convención, si dichas resoluciones son susceptibles de ser controladas por un órgano judicial independiente, que merezca tal calificación según los parámetros del artículo 6 de la Convención y que actúe con plena jurisdicción, lo que nadie cuestiona. A este respecto me remito al apartado 59 y concordantes de la STEDH de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini .

2º Tampoco comparto, por las razones que se exponen en los apartados siguientes, la afirmación que se hace en la sentencia, en el sentido de que cuando la normativa española (artículo 63 LDC) impone un límite máximo para las sanciones del 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior, dicho límite debe identificarse con el grado máximo que puede imponerse a las infracciones muy graves, y no como indica el Tribunal General, con umbral de nivelación. Según la sentencia esta interpretación sólo sería válida para la actuación de la Comisión Europea.

En caso contrario, estima la sentencia, la regulación española debería calificarse como inconstitucional por violación del artículo 25 E, lo que expresamente descarta a la vista de la jurisprudencia del TD al respecto.

3º. El Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en la actualidad artículos 101 y 102 TFUE), en su artículo 23. 2 y 3, ciertamente sólo menciona a la Comisión como órgano competente para la imposición de las multas sancionadoras por infracción de los artículos 81 y 82. Además establece, como únicos criterios para determinar su importe, el de la gravedad de la conducta y el de su duración, indicando que la multa no podrá

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

superar el 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior, todo ello sin establecer una escala de infracciones y sanciones y sin mencionar otros criterios de graduación de la multa.

No obstante, resulta pertinente tomar en consideración los siguientes aspectos: a) La CNC es competente para aplicar en España los artículos 101 y 102 del TFUE . Para hacer efectivo el respeto a las reglas de la libre competencia, podrá imponer sanciones (artículo 5 y considerando 29 del Reglamento 1/2003). Estas sanciones tienen como finalidad garantizar el efecto útil de los artículos 101 y 102 TFUE . b) Si bien los principios enunciados en los artículos 101 y 102 TFUE confieren un protagonismo especial a los órganos de la Unión, debe fomentarse la participación de los Estados nacionales en la aplicación eficaz de las normas de competencia, (considerando 34 del Reglamento 1/2003) c) Cuando el Reglamento 1/2003 estima que determinados aspectos del mismo no son de directa aplicación en los Estados miembros, así lo indica, como es el caso de las reglas para valoración de la prueba y para la determinación de los hechos, y precisa a continuación que ello será posible siempre que las disposiciones nacionales sean compatibles con los principios generales del derecho comunitario (considerando 5 del Reglamento 1/2003).

4º. En el presente caso, el artículo 63 LDC impone que el importe de la multa por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE no puede ser superior al 10% del volumen total de negocios de la empresa infractora en el año anterior a la comisión de la infracción, y es, en este punto, fiel trasunto del Reglamento 1/2003.

Por esta razón, debe interpretarse necesariamente por todos los órganos jurisdiccionales nacionales, en la forma que lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sus resoluciones, ya sean del Tribunal de Justicia, como del Tribunal General, pues ambas jurisdicciones son llamadas por el artículo 19 del TUE a garantizar, en nombre de la Institución en la que se integran, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el respeto del Derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados.

5º En estas circunstancias, solo cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal General y del Tribunal de Justicia, es unánime cuando indica que el límite del 10%, no se identifica con la multa máxima que puede imponerse a las infracciones muy graves, sino que opera como un umbral de nivelación.

En consecuencia, se calculará la multa en función esencialmente de los criterios de gravedad y duración de la infracción, con la aplicación, en su caso, de las circunstancias modificativas de responsabilidad que se estimen pertinentes, y desde el respeto a los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

En definitiva, atendiendo a las particulares circunstancias del caso, la autoridad de competencia podría establecer una sanción muy superior a ese 10%, del volumen total de negocio del ejercicio anterior, pero en la práctica no podría exigir su pago, porque en ese momento operaría el límite referido y la sanción no sería exigible más allá del mismo. Por ello se califica como umbral de nivelación y no como límite máximo de la sanción por falta muy grave.

Esta construcción tiene consecuencias prácticas importantes y permite desvincular el hecho de la imposición de multas sancionadoras por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE cercanas al límite del 10%, con la violación del principio de proporcionalidad o igualdad. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012, asunto T- 352/09, Novácke chemické závody a.s., apartado 161 y ss.

Por estas razones estimo que la única interpretación que cabe respecto del referido límite del 10%, es la que acaba de exponerse, sin que sea posible una reinterpretación del mismo realizada en clave nacional.

6º. Una cuestión distinta es la de si el sistema regulado en los artículos 63 y 64 de la LDC , que es más garantista que el establecido en la normativa de la Unión, resulta compatible en esa extensión suplementaria, con el marco constitucional español, y en concreto con artículo 25 CE y el principio de taxatividad (STC 100/2003).

La sentencia de la que discrepo aborda también esta cuestión en términos que entiendo que deben ser matizados, pues para justificar la constitucionalidad de los preceptos citados, descarta la naturaleza del límite del 10% como umbral de nivelación, afirmación que, como he dicho, resulta intangible para el juzgador español.

El Tribunal Supremo en varias sentencias desde la inicial STS de 6-3-2003 RC 9710/1997 , hasta la más reciente de 28-1-2013 RC 7280/2005, se ha manifestado, de forma constante, en el sentido de que el artículo 10 de la Ley 16/1989 , precedente de los actuales artículos 63 y 64 de la LDC , no infringía el artículo 25 CE , y en concreto el principio de taxatividad.

Un examen comparativo de ambos textos legales, nos permite concluir sin dificultad, que la nueva normativa introduce mayores garantías, por lo que, razonablemente cabe entender que la citada doctrina jurisprudencial no se ha visto alterada por la modificación legal, razón por la que no creo pertinente ahondar en esta cuestión, pues basta la remisión a dicha jurisprudencia.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

SEGUNDO: En lo que respecta al segundo motivo de discrepancia al que he hecho referencia, esto es, la base sobre la que dicho límite debe aplicarse que se trata en el FJ 6 de la sentencia de la que discrepo, me remito directamente al voto de la Magistrada Dª Lucía Acín, reiterado en distintas ocasiones, que transcribo a continuación:

"Los motivos por los que considero que el límite del 10% del volumen de ventas o de negocios total de la empresa infractora fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 no viene referido al volumen de negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, sino a todo el negocio de la empresa son los siguientes:

1) El hecho de que se haya introducido la palabra "total" en la nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia para referirse al volumen de negocios. Así el artículo 10 de la Ley 16/1989 fijaba como límite de la cuantía de las sanciones "multa de hasta 150.000.000 ptas. (900.000 euros), cuantía que podía ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal". La Ley 15/2007 que deroga la anterior establece en el artículo 63 1 c) como límite de la sanción por la comisión de infracciones muy graves "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa". En los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (publicados en la pagina web de la CNC), algunos de los despachos de abogados consultados manifestaron en relación con el importe máximo de las sanciones que era necesario introducir dos "modificaciones" . Por una parte sugerían que debería tomarse únicamente en cuenta el volumen de ventas realizado en el mercado afectado por la infracción. De esta forma indicaban se evitaba que se tomen bases de cálculo diferentes en función de cómo estén estructuradas jurídicamente las empresas (e.g. una sola sociedad con varias actividades o con una filial independiente por actividad) y por otra el año de referencia debería ser el último en que se cometió la infracción. La nueva Ley no introduce ninguna de esas modificaciones sugeridas sino que al contrario introduce la palabra "total" precisamente para aclarar que se refiere a todo el volumen total y no limitado al volumen de ventas en el mercado afectado.

2) La redacción del artículo 63. 1 c) de la Ley 15/2007 coincide con la redacción del artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003 que después de establecer que la Comisión puede imponer multas a las empresas que infrinjan las disposiciones del artículo 81 y 82 del Tratado señala que "por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior".

3) La Jurisprudencia comunitaria ha precisado el alcance de dicho precepto señalando que (161) "la cuantía correspondiente al 10% del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra". (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012 asunto novacke/Comisión).

4) Se indica en la sentencia que el tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción no es proporcional a la infracción reprimida teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el ámbito de vulneración.

El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función de los criterios establecidos en el artículo 64 (características del mercado afectado, cuota alcance de la infracción, efectos), teniendo en cuenta el período de participación en la infracción. Tanto las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones se establece que el importe básico de la multa se calcula en función de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, pero añade que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de participación en la misma. El porcentaje del valor de las ventas depende de la gravedad de la infracción (naturaleza de la misma, cuota de mercado acumulada de todas las partes afectadas, amplitud geográfica, etc.) y puede llegar hasta el 30 % si concurren una serie de circunstancias y que se incrementará o reducirá en función de la concurrencia de agravantes o atenuantes.

En los casos en que la aplicación de este criterio (porcentaje del volumen de ventas en el mercado afectado) multiplicado por un coeficiente según los años que ha durado la infracción supere el límite del 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior se reduce la sanción a ese límite. Así ha sido aplicado por la Comisión Europea y analizado en la sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011 caso Putters International/Comisión en el que la Comisión redujo la sanción que correspondería por aplicación de las Directrices (porcentaje del volumen de negocios del mercado afectado multiplicado por un coeficiente según el número de años) al umbral del 10% establecido como límite de la sanción en el artículo 23 del Reglamento CE 1/2003 y señaló que "esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad".

Por tanto no se puede identificar "volumen de ventas afectado por la infracción" con el "volumen de negocio global o total". El primero es el que se tiene en cuenta tanto en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como en la Comunicación de la CNC para la cuantificación de las sanciones para calcular el importe básico de la sanción y viene determinado por "las ventas obtenidas por el infractor en los mercados del producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo que la infracción ha tenido lugar" . El segundo "volumen de negocios total" se refiere al volumen total del negocio de la empresa y no limitado al mercado afectado por la infracción y sobre el que se establece el límite máximo de la sanción en el artículo 63 LDC 15/2007 y por ello viene referido al ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa ya que se tiene en cuenta la situación de la empresa para hacer frente al pago de la multa en un momento próximo a su pago (momento en el que generalmente ha cesado la infracción y por tanto no tiene relación con el volumen realizado durante el periodo de comisión de la infracción).

El mercado afectado por la infracción es uno de los criterios para graduar la sanción conforme al artículo 10. 2 b) de la Ley 16/1989 y 64. 1 b) de la Ley 15/2007 ... pero no constituye el parámetro para determinar el límite de la sanción máxima que se puede imponer conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1 c) de la Ley 15/2007 .

5) Si se aplica el criterio mantenido por la mayoría de mis compañeros que limita el importe máximo de la sanción al 10% de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que 1) basta a la empresa dejar de operar o que disminuya la realización de operaciones en ese mercado cuando conoce el inicio de una investigación teniendo en cuenta que el plazo desde que se inicia un expediente hasta que se dicta una resolución es de 18 meses y por tanto se va a tener en cuenta el volumen de operaciones realizadas durante la tramitación del expediente en que ya ha cesado la conducta anticompetitiva. Ello puede determinar que al no haber realizado actividad alguna en ese mercado en el último año el importe máximo de la multa sea cero 2) supone un agravio para las empresas que han participado en un corto período de tiempo frente a los que han intervenido durante todo el período de duración de la conducta infractora 3) no se vincula el importe de la infracción al volumen de ventas obtenido en el período de duración de la infracción 4) supone una reducción considerable del importe de la multa (en algunos casos si ha cesado de operar en ese mercado implica la imposibilidad de imponer sanción) que en algunos casos puede determinar que dicho importe ni siquiera supere el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva".

Voto particular

que formula el Iltmo Sr. Magistrado D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA a la sentencia de fecha 14 de marzo de 2.014 pronunciada en el recurso nº **153/2013**, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Aceptando los hechos relatados en la sentencia impugnada, y los fundamentos de derecho con excepción del quinto y sexto, sin embargo, lamento tener que discrepar del parecer de la mayoría respecto de la identificación del volumen total de negocios con el del mercado afectado que se hace en el fundamento de derecho quinto y sexto. Y ello en virtud de estos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La identificación que ha venido haciendo la Sala, con pleno respeto a dicho criterio, entre el volumen total de negocios a que se refiere el artículo 63.1.c con el volumen afectado por el mercado del art. 64.1 de la Ley 15/2007 , a mi modo de ver no resulta conforme a derecho, y ello en virtud de los siguientes argumentos:

1.- Los propios términos utilizados en dichos preceptos de la Ley 15/2007, deliberadamente distintos, como son los de "volumen total de negocios" y "dimensión del mercado afectado". Es significativo el empleo de estos términos, en relación con el texto anterior (art.10.1 de la ley 16/89), pues la utilización de la palabra volumen "total" de negocios es un término absolutamente novedoso -"total"- que en la ley anterior no existía.

2.- Con independencia del contenido de la Comunicación a la que se refiere la CNC, que tan sólo presenta un alcance meramente interpretativo, lo cierto es que el sistema utilizado por la Administración demandada se ajusta plenamente al que se aplicado por la Comisión Europea (art.23.2 del Reglamento 1/2003), y por tanto, es conforme al Derecho comunitario.

3- El propio Tribunal Supremo cuando interpretó el art.10 de la Ley anterior 16/89 expresamente admitió la constitucionalidad del sistema sancionador de dicha ley, muy parecido al vigente con la excepción del límite inicial de las multas a 150.000.000 millones de ptas (STS de 29.5.2013, recurso 1312/2010). Por ello, la falta de certidumbre del régimen sancionador vigente, y de obligado cumplimiento de las exigencias del art.9.3 y 25.1 de la CE que ha venido invocando la Sala, debería determinar, en su caso, la aplicación de una cuestión de inconstitucionalidad, que debiera correr igual suerte que la que desestimó el Tribunal Supremo en dicha sentencia. Lo cierto es que tampoco se vislumbra tal vicio en la ley vigente, pues no puede decirse que confiera a la Administración una potestad omnímoda de fijación del tipo sancionador, al ser susceptible de graduación y control de la sanción a través de los criterios del art.64, aunque constituyan, en algunos casos, conceptos jurídicos indeterminados, pero susceptibles de determinación en el caso concreto, como ya vino a indicar el Tribunal Supremo, con independencia del estéril debate sobre si el 10% es un tope o un umbral de nivelación.

4.- No se puede obviar y esto es lo importante, que la voluntad del legislador (art.3.1 del CC), al aprobar la Ley 15/2007, ha sido, y no es otra, que la de utilizar un sistema de imposición de sanción que ha resultado ser el precisamente aplicado por la CNC. Conviene tener en cuenta que la redacción del artículo 63. apartados 2 º y 3º de la citada Ley responde a la aprobación de la enmienda 206 del grupo parlamentario socialista (Diario de sesiones del Congreso de 26 de febrero de 2.007), y en ella se recoge expresamente que la finalidad de la enmienda cuando indica que " *estos criterios no son elementos que determinen la fijación de la cuantía base puesto que ésta viene representado por la delimitación o del volumen de negocios sino que se aplican a posteriori para fijar la cuantía final dentro de los tramos correspondientes en función del tipo de infracción y de la aplicación de un porcentaje en caso de delimitación del volumen de negocios o de un tramo de cantidades fijas cuando éste no se ha podido detener delimitar* ".

Es decir, la voluntad del legislador responde plenamente al sistema sancionador utilizado por la CNC: debe tenerse en cuenta que el artículo 63.1.c representa el límite máximo sancionador, y el art. 64 determina los criterios de cuantificación de la sanción, en el que obviamente habrá de tenerse en cuenta el tiempo de duración de la infracción en el mercado afectado, al que puede aplicarse, por ese tiempo un tipo superior del 10% con tal de que no exceda del 10% del volumen total de negocios del último ejercicio, con independencia del debate de si el 10% es un umbral sancionador o un tope.

5.- Tampoco pueden obviarse los acertados argumentos de la Abogacía del Estado cuando considera que de tener en cuenta el 10% del volumen del mercado afectado en el último ejercicio podría darse la circunstancia de que llegarían a sancionarse conductas que por el tiempo de duración del expediente sancionador han cesado en el ejercicio tenido en cuenta, e igualmente, resultaría de igual condición quien cometió la infracción a la legislación de competencia durante un año que durante 10.

SEGUNDO.- Por consiguiente por todos los motivos tenidos en cuenta, y conforme al voto particular expresado en ocasiones anteriores por la magistrada Dña. Lucía Acín Aguado, no existe falta de proporcionalidad de la sanción en el sistema aplicado por la CNC conforme a la comunicación emitida por dicho organismo en cuanto pueden aplicarse tipo sancionadores de hasta el 30% del mercado afectado por varios ejercicios con tal de que no se supere la cifra del 10% del volumen total de negocios correspondiente al ejercicio anterior a la sanción, que eso sí, y tal como se expuesto en el fundamento de derecho sexto constituye un límite infranqueable por imposición legal, que ha de respetarse, y pueda servir igualmente, de umbral sancionador entre el 0 y el 10%, pues ello no lo impide el legislador.

TERCERO.- En consecuencia, procedía la desestimación del recurso contencioso-administrativo; sin costas a la recurrente, a la vista del debate reconocido en la sentencia, del que se deduce la existencia de dudas de derecho, conforme al art.139 de la ley jurisdiccional .

Así lo expresan el Magistrado firmante del voto particular, el cual habrá de notificarse a las partes junto con la resolución adoptada por la mayoría en la forma prevenida por la ley.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la resolución de la que discrepo.