Roj: **SAN 3454/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3454**

Id Cendoj: **28079230062014100445**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **23/07/2014**
Nº de Recurso: **176/2013**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **CONTENCIOSO**
Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3454/2014,**
STS 1871/2017

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de julio de dos mil catorce.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la *Sección Sexta* de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** , de la Audiencia Nacional, el recurso nº **176/2013**, seguido a instancia de la mercantil "Tepol SA", representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Nogueiras Rodríguez, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido como codemandadas las mercantiles Recticel SA y Recticel Ibérica SLU, ambas representadas por el Procurador de los Tribunales D. Luis Fernando Álvarez Wiese. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se fijó en 1.970.000 ?, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1.La recurrente es una empresa española, que se constituye en 1983, cuyo objeto social es la transformación, distribución, comercialización y compraventa al por mayor y menor, de espumas de poliuretano.

2. A raíz de sendas denuncias y peticiones de clemencia, presentada el 9 de agosto y 10 de septiembre de 2010, respectivamente, por las mercantiles Recticel SA y Flex 2000, la CNC incoó el expediente sancionador S/0342/11, Espuma de Poliuretano, por entender que las conductas denunciadas eran contrarias a la libre competencia. En la resolución recurrida se declararon probados los siguientes hechos:

a) Las empresas sancionadas infringieron la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia , mediante la constitución de un cártel en el mercado español de la espuma flexible para la industria del confort. El mercado afectado se caracteriza por la estandarización y homogeneidad de los productos ofertados, lo que concede especial relevancia a los precios que se establezcan.

b) El cártel se inicia el 23 de enero de 1992 y se mantiene hasta el 16 de febrero de 2011, y en el mismo deben distinguirse dos períodos. En el primero, desde la fecha inicial hasta el 19 de julio de 2000, las empresas acuerdan limitar su producción sobre la base de no sobrepasar contingentes previamente establecidos para cada empresa y, a continuación, fijar los precios. En el segundo, desde esta segunda fecha y hasta su

terminación, ya con la entrada de empresas portuguesas, la actividad colusoria se centró en el sostenimiento de los incrementos de precios.

c) En el funcionamiento del cártel destaca la participación de Asepur, que al margen de su actividad lícita como asociación que agrupaba a la mayoría de las empresas del sector, organizaba, con ocasión de las sesiones de la Asamblea y durante todo el período de duración del cártel, una serie de reuniones entre las empresas implicadas, en las que se adoptaban los acuerdos referidos, sin dejar constancia en las actas oficiales (HP 150 y ss).

d) En la primera reunión del cártel, celebrada el 23 de enero de 1992 con asistencia de la recurrente, se trató el posible acuerdo para rentabilizar el sector del poliuretano flexible en bloque, consensuando un ajuste en el mercado a costa de limitar la "soberanía individual de cada empresa", todo ello en previsión de las consecuencias de la entrada en funcionamiento del mercado único.

e) Este consenso se basa en un documento previo, entregado en una reunión anterior, denominado "condiciones previas a cualquier acuerdo", en el que se identifican hasta 12 condiciones. Las más relevantes son las siguientes: a) acreditación por auditoría de las cantidades producidas por todas las compañías en los tres últimos años, b) mínima duración de los acuerdos de 4 años, prorrogables, c) sometimiento a un régimen de contingentes supervisado por un equipo profesional, y sometimiento a un método de acuerdo para su reparto objetivo, d) fijación de precios con el objetivo de evitar la entrada de nuevos oferentes, teniendo en cuenta las variables del precio de las materias primas, e) establecimiento de un Comité de Arbitraje parta resolver las divergencias que surjan, con un sistema de garantías económicas a disposición inmediata del Comité para cubrir sanciones en caso de incumplimiento de lo pactado.

f) El documento "condiciones previas a cualquier acuerdo", menciona explícitamente, la necesidad de arbitrar las necesarias cautelas para evitar efectos secundarios perjudiciales, por un período de aplicación que justifique la adopción de medidas a implementar, a cuyos efectos se preparó el Plan de Actuación Medioambiental (PAM) La implementación del cártel se verificó por empresas auditoras externas, en concreto Coopers & Lybrand y Análisis e Investigación SL, por medio del PAM.

g) En el documento "condiciones previas a cualquier acuerdo", se menciona la posibilidad de acudir al Tribunal de Defensa de la Competencia para solicitar la autorización de una parte del plan global de actuación, conectada con limitaciones en la emisión de clorofluorcarbonados.

h) El estudio preliminar del PAM fue elaborado por la auditora Coopers & Lybrand sobre la base de un cuestionario destinado a la "adecuación de la producción" remitido a todas las empresas participantes en el cártel, en el que se requiere la remisión de datos sobre empleados, inversiones, situación legal, listas de precios, plazos medios de cobro, número de clientes en cartera, precios de venta futuros, capacidad de producción, costes, ubicación geográfica y una opinión en relación con las cuotas de participación en el mercado "una vez se hayan tomado las medidas de adaptación que se están estimando".

3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2013, adoptó, entre otras, las siguientes decisiones:

a) Declarar que la actuación de la entidad recurrente es constitutiva de

una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2003 de 3 de julio de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la unión Europea , consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cártel de empresas.

b) Imponer a la entidad recurrente una sanción de multa de 997.000

euros.

c)Instar a la Dirección de investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de la resolución.

SEGUNDO:.- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de las tesis de la recurrente, se basó en las siguientes consideraciones:

1.Errónea valoración por la CNC de la información aportada en las solicitudes de clemencia: Falta de motivación de la Resolución

-La CNC no tenido en cuenta las coacciones que Recticel, líder mundial del sector, ha ejercido sobre la recurrente y que se reflejan en las declaraciones de los otros solicitantes de clemencia.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

2. Incongruencia omisiva por falta de valoración adecuada de hechos cruciales para determinar la existencia de infracción y de pruebas presentadas por Tepol:

-La recurrente sólo vende a sus socios propietarios y no a terceros. Solo en los últimos 5 meses del cártel vendió a terceros por importe de 0,3 millones de euros. No puede subirle el precio a sus clientes porque éstos son sus propietarios

-La recurrente no pudo participar en la ejecución del cártel porque no tenía interés alguno en subirle los precios a sus accionistas, que son los que dirigen la política comercial de la recurrente. La resolución no da respuesta a esta alegación.

-Niega que haya existido concordancia de voluntades por parte de la recurrente para formar el cártel.

-La recurrente señala que los informes, hallados en su sede, en los que se basa la CNC para imponer la sanción, son de 2009 y la sanción se le imputa desde 1992. Reitera que sólo empezó a comercializar a terceros en 2010.

-Dada la particular situación de la recurrente, carece de sentido la prueba de efectos del cártel.

3. Falta de valoración de pruebas aportadas por la recurrente que implica la nulidad de la resolución recurrida por falta de motivación:

-Se refiere al Anexo 2 a su declaración de 17 de marzo de 2011: acredita la inexistencia de ventas a terceros, y modificaba los precios en función de las variaciones de los de las materias primas.

4. Denegación de pruebas pertinentes instadas por la recurrente:

-Solicitó la práctica de pruebas periciales para acreditar la falta de ventas a terceros, lo que fue denegado por la CNC: el único margen comercial que se aplica es del 3%, para cubrir costes internos. La prueba fue denegada indebidamente y sin motivación.

5. Ausencia de participación de la recurrente en el cártel:

-Inexistencia de incentivos para participar: admite haber asistido a reuniones de los plenos de Asepur, como fuente de información sobre la actividad del sector. Admite que Recticel proponía subidas de los precios anticipadas con apoyo en las estimaciones de subidas de los precios de las materias primas, pero afirma que nunca siguió esas prácticas. Era recriminada en esas reuniones por no aplicar los incrementos de precios propuestos por Recticel.

-Actuación de buena fe, ante la contratación de una auditora externa: nunca creyó que dicha actuación pudiera ser contraria a la libre competencia.

-Los informes elaborados por la recurrente que la CNC utiliza para incriminarla, se redactaron a partir de 2010, cuando la recurrente empieza a comercializar con terceros.

-Inexistencia de pruebas de la participación de la recurrente en la infracción:

a)En relación al período 23-1-1992 a 31-12-2000:

Destaca que su actuación en la ejecución del PAM, fue de buena fe, al existir obligaciones medioambientales que debía cumplir. Nunca pactó aumentar los precios con sus competidores porque no podías subirle los precios a sus clientes, que eran sus socios propietarios. En todo caso, las conductas relativas a este período están prescritas.

b)En relación al período 2000-septiembre 2009:

De forma pormenorizada, la recurrente analiza su actuación a lo largo de cada uno del referidos años para concluir que no estuvo presente en muchas de las reuniones alebradas, las reuniones solo acreditan divergencias entre los asistentes en la fijación de precios pendiente de confirmaciones ulteriores, los intercambios de información no tratan de pactos de precios futuros, admite haber conocido algunos precios de competidores pero por vía de sus clientes, los supuestos acuerdos recaen sobre productos heterogéneos lo que resulta incompatible con la existencia de los acuerdos mismos.

Subraya que las materias primas suponen el 80% del precio del producto, por lo que las variaciones de sus precios, lógicamente, deben repercutirse a los clientes. Destaca que un supuesto intercambio de información entre dos competidores (Pagola y Esinca, hecho el 17 de noviembre de 2006), no puede ser la prueba de un cártel para todo un sector.

La mayoría de documentos refleja intenciones unilaterales de algunas empresas, no todas coincidentes, lo que no acredita la existencia de un acuerdo y que la resolución recurrida califica de "pequeñas desviaciones".

c) En relación con el período septiembre 2009 a febrero 2011:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El informe al que se refiere el apartado 246 de la Resolución confirma que hasta esa fecha no existió acuerdo de concertación alguno por parte de la recurrente. En todo caso, a lo sumo podría sancionarse a la recurrente por su conducta a partir de septiembre de 2009.

6. Prescripción de la conducta declarada probada desarrolladas desde el 23 de enero de 1992 hasta el 19 de julio de 2000. Artículo 68.1 LDC . Errónea calificación de la conducta como infracción continuada

-Las conductas referidas al primer período (1992 a 2000) son sustancialmente distintas de las que se refieren al segundo período (2000 a 2011), por lo que estima que, en todo caso, las infracciones imputadas relativas al primer período habrían prescrito. No existió en la primera fase un acuerdo sobre los precios. En la segunda etapa, Recticel imponía bajo coacción los precios a sus competidores y Coopers abandona su participación. Las diferencias se refieren al contenido y ejecución de la conducta, los participantes en el supuesto cártel y el precepto infringido (LDC, artículos 1.1 b) y 1.1 a). La entrada de los operadores portugueses cambia las características del mercado

-Niega la existencia de una infracción única y continuada, pues en la primera etapa, las sujetos eran diferentes ya que no participaban las empresas portuguesas y no existe continuidad de la actuación imputada en el tiempo. Durante el período 2004, 2005 o 2008, la CNC reconoce que el cártel entró en crisis y no existe ni una sola prueba que vincule a la recurrente al mismo.

Existe interrupción de la actividad del supuesto cártel por un período de tiempo superior a 5 años (2000 a 2005).

-El primer indicio en contra de la recurrente (carta enviada a clientes para comunicar un incremento de precios, está datada en 2005, y las actuaciones en contra de la recurrente se inician el 16 de febrero de 2011.

-La infracción en relación a las conductas del primer período están prescritas:

7. Error en el cálculo de la multa:

-Inexistencia de ventas afectadas por la infracción:

La recurrente quiso acreditar la inexistencia de ventas a terceros y las CNC le denegó la prueba. La recurrente admitió realizar ventas a terceros en 2011, pero no antes.

-Incorrecta valoración de la duración de la infracción:

-Errónea valoración de la inaplicación por la recurrente de las conductas y

su papel menor en las reuniones:

No se ha tendido en consideración la atenuante del artículo 64.3 b) LDC , por no aplicación efectiva de las conductas prohibidas y el papel menor que la recurrente habría desempeñado en este hipotético cártel.

-Ausencia de valoración de otros aspectos relevantes:

Invoca el principio de proporcionalidad para atenuar, en su caso, la imposición de la sanción, habida cuenta la actuación de Recticel. Invoca la doctrina de la SAN Vinos de Jerez

Invoca la aplicación del principio de no discriminación, al ser la posición de Asepur y de la recurrente, sustancialmente distintas y haber obtenido la primera una fuerte reducción en la imposición de su sanción, respecto del tope máximo posible.

Invoca la ausencia de efectos de la infracción, pues de forma implícita la propia Resolución lo reconoce cuando habla de desviaciones puntuales, la recurrente ha acreditado la existencia de competencia en el mercado, los productos sobre los que recae el supuesto acuerdo son muy heterogéneos.

TERCERO:.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se remitió a la fundamentación de la resolución recurrida, precisando de forma específica que la fijación de hechos probados se encuentra avalada por prueba suficientemente contrastada que se cita en las notas a pié de página de la resolución. La recurrente asistió a la reunión fundacional del cártel. Destaca que la recurrente asistió a las reuniones y accedió a intercambiar información sensible y armonizó incrementos de precios con sus competidoras, por lo que resulta irrelevante si realizó ventas a terceros o no. La prueba solicitada y denegadas por la CNC era irrelevante, pues basta acreditar la existencia del acuerdo para calificar la conducta de anticompetitiva. Estima, de acuerdo con la resolución recurrida m que no has existido interrupción de la conducta y que la calificación de la misma como infracción continuada es correcta. Finalmente señala que la sanción ha sido correctamente calculada, pues la inexistencia de beneficio ilícito no es en sí una circunstancias atenuante, pues su concurrencia fija el mínimo de la sanción. Termina justificando que el límite final del 10% de la sanción actúa como un umbral de nivelación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

CUARTO:.- D. Luis Fernando Álvarez Wiese, en la representación que ostenta, solicitó la desestimación del recurso y la confirmación del acto impugnado. Para ello se basó en los argumentos siguientes:

1º. Falta de coerción por parte de Recticel en la atribución de responsabilidad a la recurrente:

-La recurrente no cuestiona en realidad, los hechos descritos por el clemente que se ratifica en ellos, particularmente en la asistencia de la recurrente a la reunión de 20 de diciembre de 2007 en la que se pactaron precios.

-Niega haber ejercido coerción en los participantes en el cártel, siendo irrelevante esta cuestión a los efectos de acreditar la existencia de la conducta. Las prácticas colusorias existían antes de la llegada de Recticel al mercado español en 2000, y continuaron después de su salida.

-Afirma haber entrado en el cártel en el año 2000 y que éste continuó después de haberlo abandonado la clemente.

-Alude a los documentos confidenciales, informes, preparados por Tepol e Interplasp, que acreditan el pacto sobre los precios.

2º Calificación de la infracción, como única y continuada:

-Se reafirma sobre la corrección de la calificación.

3º Valor probatorio de las declaraciones de clemencia y participación de Tepol en el cártel:

-Niega la existencia de un acuerdo entre los clementes para presentar las declaraciones de clemencia, como puso de manifiesto la resolución recurrida (página 92)

- Invoca la jurisprudencia del Tribunal General y Supremo para subrayar el valor de las declaraciones de clemencia.

4º Imposibilidad de empeorar la situación en que se encuentra Reticel: falta de legitimación para solicitar y denegar la exención de que goza:

-No existe base alguna para que como consecuencia de una eventual estimación del recurso de la recurrente se anulara la exención concedida como consecuencia de la política de clemencia.

QUINTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes. El 6 de febrero de 2014, la recurrente presentó escrito poniendo en conociendo de la Sala un hecho nuevo, como fue la adopción por la Comisión Europea de la Resolución de 29 de enero de 2014, por la que se sanciona a determinadas empresas, entre ellas Recticel, como autoras de una de una infracción de cártel, ejecutada en diez Estados miembros de la Unión Europea, imponiendo multas de 114 millones de euros.

Recticel subrayó que la alegación de la recurrente sobre la procedencia de tomar en consideración un hecho relevante nuevo, no puede ser tenida en cuenta pues el mismo es totalmente irrelevante a los efectos de este proceso, expresándose el Abogado del Estado en términos similares, subrayando que el documento no es una versión oficial y está en inglés sin traducción.

SEXTO: - Señalado el día 15 de Julio de 2014 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEPTIMO: - Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 28 de febrero de 2013, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en cuya virtud, entre otros pronunciamientos, se acordó:

1. Declarar que la actuación de la entidad recurrente es constitutiva de

una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2003 de 3 de julio de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la unión Europea , consistente en una conducta colusoria de fijación de precios y reparto de mercado que debe ser calificada de cártel de empresas.

2. Imponer a la entidad recurrente una sanción de multa de 997.000

euros

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

3. Instar a la Dirección de investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de la resolución.

SEGUNDO: Resulta pertinente en este momento esbozar de manera general, la lógica y funcionamiento de la práctica sancionada tal y como se desprende de la resolución recurrida en términos globales que este Tribunal asume, para, en los sucesivos fundamentos jurídicos de esta resolución, entrar a analizar, con mayor profundidad, los distintos aspectos y cuestiones que se plantean:

Un grupo de empresas fabricantes de espuma flexible de poliuretano que agrupa al 80% del sector, acuerda, a partir de 1992, fecha de entrada en vigor del mercado único, establecer contingentes a la producción de cada una de ellas y, en consecuencia realizar un control sobre los precios de dicho producto, todo ello en el mercado nacional.

Los acuerdos se mantienen vigentes hasta el año 2011, si bien, a partir del año 2000, y como consecuencia de un entendimiento con los competidores portugueses, se centran únicamente en la coordinación de precios.

Son dos los actores principales de esta operación, Recticel y las empresas vinculadas al grupo Flex, ambos denunciantes del cártel y acogidos a la política de clemencia, con la obtención de la exención o relevante reducción de las sanciones impuestas. Existe una gran diferencia en la cuota de mercado de estos dos actores y es el resto de empresas participantes en el cártel.

Las reuniones de concertación se realizaban coincidiendo con las convocadas por Asepur, la principal asociación sectorial española. En reuniones paralelas, a las que se convocaba a todas las empresas sancionadas, entre ellas la recurrente, se acordó aprobar la puesta en funcionamiento del Programa de Acción Medioambiental (PAM), que, bajo la apariencia de tratar cuestiones medioambientales de obligado cumplimiento para los productores de espuma flexible de poliuretano, encubría una verdadera concertación anticompetitiva, caracterizada por la implantación mecanismo de garantía de la estabilidad de los pactos, con criterios objetivos para el reparto de los contingentes, pactando un sistema de revisión de precios, lo que se acompañó de un sistema de retorsión y vigilancia externa, como con detalle se relata en la página 88 de la resolución recurrida. Como presupuesto necesario de todo ello, se organizó un sistema de intercambio de información comercial sensible en el seno del PAM.

La auditora Coopers & Librand realizó la propuesta de acuerdo, y la supervisión de su ejecución fue realizada por la misma y por las también auditoras, Análisis e Investigación SL, y PWC.

TERCERO: El eje central sobre el que se construye la defensa de la recurrente se centra en su particular estructura y posición entre las empresas del sector. Subraya que no se trata de una empresa que vende a terceros, sino que realiza la producción, a precio de coste, para los seis socios que controlan su capital, por lo que no es conceptualmente posible que efectuara las prácticas colusorias que se le imputan en las que no tendría ningún interés, denunciado las errónea valoración de los hechos acreditados por parte de la CNC y la negativa de ésta a admitir pruebas tendentes a acreditar dicho planteamiento.

No podemos aceptar las tesis de la recurrente, por las siguientes razones:

1º La recurrente, y esto resulta indiscutido, opera en el mercado afectado y según tendremos ocasión de comprobar, asistió a las reuniones convocadas por Asepur, en las que se producían intercambios de información sensible sobre aspectos comerciales.

2º. En el ámbito del derecho de la competencia, como recuerda la Resolución recurrida en la página 102, el dato más relevante no es tanto la condición jurídica o económica del sujeto sino la aptitud anticompetitiva de su conducta..

3º También cabe recordar que el artículo 1.1 a) de la LDC se refiere como practica anticompetitiva a cualquier conducta que de forma directa o indirecta pueda alterar los precios

La recurrente, al vender los productos a sus socios a un precio mayor al que en condiciones competitivas hubiera podido ofertar, podría alterar de forma indirecta los precios.

CUARTO: Es importante destacar en este momento que el Consejo estimó que la conducta objeto de sanción, merecía la calificación de única y continua. Se fija como fecha de inicio el 23 de enero de 1992 y de terminación el 16 de febrero de 2011, por lo que se desarrolla, tanto bajo la vigencia de la Ley 16/1989 de 3 de julio, como de la actual Ley 15/2003 de 3 de julio, ambas de Defensa de la Competencia, dualidad normativa que también debe predicarse respecto del artículo 81 del Tratado CEE y del artículo 101 del TFUE . En el plano nacional es la Ley 15/2007 la que, sin embargo, resulta de aplicación, al ser, globalmente considerada, más favorable a la recurrente. La redacción de los textos de los Tratados de la Unión Europea, por el contrario permanece idéntica.

La recurrente no combate la selección normativa, pero sí la calificación de infracción única y continua y ello sobre la base de dos argumentos: a) los sujetos intervinientes a lo largo del período de duración de la infracción

no fueron siempre coincidentes y b) identifica dos conductas distintas, ejecutadas antes y después del año 2000, por lo que no existe la homogeneidad necesaria para la referida calificación, presupuesto en el que se apoya para invocar la prescripción de las conductas desarrolladas entre 1992 y 2000, que le son imputadas, en realidad, por la actividad de su antecesora.

No podemos compartir el planteamiento de la recurrente:

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha establecido las pautas o elementos que deben tomarse en consideración para calificar una conducta como infracción única y continua, que parten de un presupuesto irrenunciable, la existencia de un plan único de actuación conjunta de las distintas entidades implicadas.

En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-441/11 , apartado 41, en el que se indica que: "Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE ,

puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I- 123, apartado 258)".

Por su parte, el Tribunal General, sin perjuicio, obviamente, de aplicar esta jurisprudencia, ha puntualizado los siguientes extremos:

1º Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE , apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06 , Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurran los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto, con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad conferida a la empresa implicada de desvirtuar esta presunción.

El examen de las actuaciones, a la luz de la jurisprudencia citada, nos permite concluir que ha existido esta infracción única y continua y que por ello, no puede aceptarse la existencia de la prescripción invocada.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El nacimiento de dicho plan único se vincula a la primera reunión acreditada del cártel, el 23 de enero de 1992, que figura en los folios 1418 y 1419, sistematizados en los Antecedentes de esta Sentencia, en los que se formula una auténtico plan de actuación para el "justo reparto de los contingentes", llegando incluso a organizar un sistema de control de ejecución de los acuerdos a cargo de auditores externos. Esta forma de organización se mantiene vigente hasta la reunión de 19 de julio de 2000, en realidad el PAM concluye el 21 de diciembre siguiente al no considerar necesario ya el control de la producción, y a partir de ese momento las actuaciones de las empresas implicadas se centra en la coordinación y control de los precios.

La conducta, como veremos, debe calificarse de homogénea a lo largo de toda la duración del cártel.

El primer argumento de la recurrente es el de que los sujetos intervinientes en la práctica denunciada han variado con los años. El hecho de que a partir del año 2000, nuevas empresas, portuguesas, se integraran en los acuerdos denunciados, no desvirtúan el hecho de la participación de la recurrente y las demás empresas implicadas, pues ello solo supone, que el cártel se amplió.

El segundo argumento que emplea, es la falta de homogeneidad de las conductas imputadas, extremo que, como ya hemos anticipado, tampoco podemos compartir. Es relevante precisar que no existe controversia respecto de la definición del mercado de producto (producción de espuma flexible de poliuretano), ni del geográfico (España y finalmente el mercado ibérico).

La resolución establece en los apartados 139 y concordantes de los Hechos Probados, como claramente se desprende del folio 1419, que en un primer momento el acuerdo contemplaba una doble faceta: por una parte se trataba de establecer contingentes de producción para cada empresa y de esta forma limitar la afluencia del producto en el mercado, para a continuación establecer un control, sobre los precios (punto E del referido documento), extremo que la recurrente combate a pesar de la evidencia documental mencionada.

La reacción de los competidores portugueses, que entran el mercado español sin estar vinculados por los acuerdos de producción, obliga a realizar un replanteamiento del cártel, lo que ocurre en el año 2000, limitándose a partir de dicha fecha sólo al control de los precios. Se mantiene pues el mismo objetivo y la parte sustancial del mismo, fijación de precios, pues el aspecto relativo a la limitación de la producción se había concebido en función de facilitar la estabilidad en los precios y se abandona por no resultar posible implementarlo con la competencia portuguesa. La homogeneidad de conductas es clara y evidente, pues en realidad es, esencialmente, el control, de precios, no planteándose ni siquiera la necesidad de realizar un análisis de complementariedad de las conductas en los términos permitidos por la jurisprudencia.

Tal y como puede observarse, el concepto de infracción continua no nace por disposición legal, sino que es consecuencia de una creación jurisprudencial, por lo que la falta de mención en la Ley 16/1989 a esta figura, en modo alguno puede identificarse a una prohibición de la misma. Tampoco la Ley de 2007 establece una regulación precisa de ella, pues se limita a establecer en su artículo 68 , de acuerdo con una consolidada jurisprudencia, el modo en que debe computarse la prescripción, esto es desde el día en que hayan cesado, siendo más explícito sobre el concepto y requisitos para su apreciación, el artículo 4.6 del RD 1398/1993 sobre el ejercicio de la potestad sancionadora.

Debe concluirse este análisis subrayando que los presupuestos para apreciar la existencia de una infracción continua concurren en este caso, pues el precepto infringido es idéntico, y la conducta, imputada al mismo sujeto, es unitaria, reiterada y homogénea, siendo consustancial a este tipo de infracciones la unidad de propósito sobre la base de un plan preconcebido, y la permanencia en el tiempo de la misma. En este sentido puede citarse la STS de 15 de abril de 2013, recurso de casación nº 1059/10 .

Todas estas circunstancias concurren en la actuación de la recurrente, que desde el inicio hasta el final del cártel, como tendremos ocasión de precisar en el siguiente fundamento jurídico, se muestra presente en el mismo y de forma explícita participa en su desarrollo e implementación para lograr los objetivos fijados de común acuerdo por los integrantes del cártel. En definitiva, anticipamos nuestra conformidad con los argumentos establecidos en la resolución impugnada y por el Abogado del Estado, en el sentido indicado.

De forma explícita debemos contestar a la recurrente respecto de la observación que hace respecto de la interrupción del cártel desde el año 2000 a 2005, con la consecuencia, en el supuesto de acreditar este hecho, de que la infracción estaría prescrita.

Es cierto que la Resolución recurrida admite que a lo largo del tiempo de duración del cártel han existido crisis en el mismo, incluso una reordenación de las conductas (Hechos Probados 216 y ss). Sin embargo, de ello no puede deducirse que existiera en el período indicado una paralización total de la actividad colusoria. Buena prueba de ello, son la continuidad de las reuniones durante dicho período, y que figuran descritas en la resolución a partir del hecho probado 220. Debe señalarse que el contenido de dichos hechos probados están justificados puntualmente con la documentación incautada a las empresas implicadas y que figuran

en nota a pié de página de la cada apartado. Además, obviamente, figuran los documentos en el expediente administrativo y este Tribunal así como las partes, ha tenido acceso a los mismos, sin que se haya opuesto tacha de falsedad alguna. Esta Sala asume, tras su examen la interpretación que dichos elementos de prueba hace la CNC, una vez realizado un análisis en su conjunto .

Así las cosas, debe concluirse que la conducta sancionada ha sido correctamente calificada como única y continua, por lo que no concurre la prescripción invocada por la recurrente, ya que el cese de la conducta se fija en el 16 de febrero de 2011 y el correspondiente expediente sancionador se incoó el 13 de abril siguiente, sin haber transcurrido pues, los 4 años a que se refiere el artículo 68.1 de la LDC .

QUINTO: Plantea también la recurrente la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia en la medida en que no existen pruebas incriminatorias en su contra y a pesar de ello ha sido sancionada.

Son varias las cuestiones que se plantean en este apartado y que pasamos a analizar:

I. Valor probatorio de las declaraciones de los solicitantes de clemencia:

Sobre este extremo debemos remitirnos a nuestra sentencia de 7 de abril de 2014, recurso nº 6/12 que se expresó como sigue:: "La Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06 , en sus apartados 52 a 56 sistematiza la doctrina aplicable a la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones del clemente en los siguientes términos:

1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de

las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 41 *supra,* apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/ Comisión, citada en el apartado 43 *supra,* apartados 57 y 58).

2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias

de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006 , Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra,* apartado 58).

3. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica *a priori,* si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 *supra,* apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/ Comisión, T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T-136/02 , Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra,* apartado 59).

4. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la

declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 *supra,* apartado 219; de 25 de octubre de 2005 , Groupe Danone/Comisión, T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra,* apartado 293).

5. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas

que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 *supra,* apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 53 *supra,* apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra,* apartados 62 y 295".

De entrada debe afirmarse pues, que las declaraciones del solicitante de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir las únicas prueba de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes, o elementos de prueba adicionales.

II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la suficiencia de la prueba indiciaria y de los requisitos parta su validez como prueba de cargo:

Es indudable que la carga de la prueba corresponde a la CNC en la medida en que dicho órgano es el que impone la sanción y debe, en consecuencia, desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia de que goza la empresa recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.2 CE y el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, el derecho a la presunción de inocencia no puede identificarse con la obligación por parte de la Administración sancionadora, de contar siempre y en todo caso con pruebas directas de la comisión de la infracción.

La acreditación de las conductas infractoras mediante la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde las SSTC 174 y 175/1985 , y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa razonable que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tiene, de acuerdo con el artículo 19 del TUE , la misión de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, realiza este cometido a través de los distintos órganos jurisdiccionales que lo integran, a estos efectos, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General. Ambos Tribunales, se han expresado en los términos expuestos, y buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C- 441/11 , apartados 70 y concordantes.

Los elementos de prueba con los que cuenta la CNC para la imposición de la sanción, son, además de las declaraciones de los solicitantes de clemencia, los documentos que halló en el domicilio de la empresa recurrente y las otras implicadas, a raíz de la entrada en sus locales efectuada el 16 de febrero de 2011.

Por otra parte, en materia de intercambio de información, resulta pertinente la cita de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 , T-Mobile, sucesivamente reiterada, en cuya parte dispositiva se manifiesta que "siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas", salvo que hayan manifestado de forma pública su apartamiento del mismo, o bien lo haya hecho dirigiéndose de forma documentalmente acreditada a los asistentes a la reunión.

III Examen de los elementos de prueba a la luz de la jurisprudencia del TEDH.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini ha venido ha subrayar la importancia del control jurisdiccional en materia de Derecho de la Competencia y lo hace desde una premisa esencial: el juez debe realizar un control completo de los elementos de prueba empleados por la Comisión y su revisión se extiende a todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas, estando facultado, en lo que a la fijación de la cuantía de la multa respecta, a sustituir plenamente los criterios de la Comisión por los suyos propios, todo ello sin perjuicio de respetar, obviamente con arreglo a las técnicas de control que los son propias, el margen de discrecionalidad que los Tratados confieren a la omisión en orden a determinar la existencia de la infracción misma.

Esta doctrina fue rápidamente tomada en consideración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cita de la misma, en las conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott de 12 de enero de 2012, asunto Alliance One Internacional C-628/10, apartado 97, y más recientemente por la Sentencia del Tribunal de Justicia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de 10 de julio de 2014, Asunto Telefónica C- 295/12 . También por esta Audiencia Nacional, en la Sentencia de 30 de enero de 2014, recurso nº 422/12, Asunto Florencio Barrera .

Así las cosas, debe ponerse de manifiesto en primer lugar, que, de forma explícita, la recurrente reconoce en su demanda, páginas 30, 48 y 61, que Recticel, líder mundial del sector, actuaba de la siguiente forma: una vez formaba internamente el precio que consideraba oportuno, lo anunciaba a los asistentes a las reuniones de Asepur. Más en concreto, en la página 30 de la demanda dice lo siguiente: "En ocasiones Recticel estimaba las subidas de materias primas para los próximos 5 o 6 meses y proponía una subida anticipada de, por ejemplo, 25 céntimos de euro por kilo. Tepol ha venido incrementando sus tarifas únicamente y en la medida que la subida de los precios de los proveedores así lo ha requerido, pero no de modo concertado ni siguiendo los dictados del cártel"

De esta forma, la recurrente reconoce haber asistido a reuniones en las que uno de los asistentes, líder del mercado, anticipaba su política de precios, sin que conste que la recurrente, que opera en el sector y que ha permanecido activa en el mismo durante todo el tiempo de duración del cártel, lo haya denunciado o se haya aportado de él, comunicándolo individualmente a cada uno de los partícipes.

La presunción establecida en la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto T-Mobile antes anotada, resulta pues plenamente aplicable al presente caso, pues la recurrente asistió a la primera reunión de 23 de enero de 1992, admite haber recibido información sobre precios futuros y sigue activa en el mercado afectado durante toda la duración del cártel.

SEXTO: Sin perjuicio de lo anterior, resulta adecuado realizar en este momento un análisis crítico de los elementos probatorios empleados por la CNC, no sin antes precisar que la tesis de la recurrente, que alega que la inasistencia a la mayoría de las reuniones es suficiente para demostrar su desvinculación con el cártel, resulta frontalmente contraria a la jurisprudencia anotada, pues la sanción puede imponerse si, como en el presente caso, consta su asistencia o conocimiento de lo tratado en reuniones fundacionales del cártel, no consta su oposición a ello a pesar de continuar formando parte del grupo, procede al intercambio de información sensible vía el PAM, y sigue activa en el mismo sector de actividad.

-En relación al período 1992 a 2000:

El contexto económico en el que se desarrolla el cártel, elemento singularmente relevante que debe tomarse en consideración, coincide con las declaraciones de los clementes. En éstas, se recuerda que ante una situación económica difícil para las empresas implicadas, creada por el exceso de oferta de espuma y consiguiente guerra de precios y que se concreta en 1991, se constata que dicha situación se ha corregido a mediados de 1993. Aunque en relación con otra empresa, en los folios 1776 y concordantes se analiza esta circunstancia, extremo que se recoge en el Hecho Probado 194.

Los folios 1418 y 1419, ponen de manifiesto que la recurrente, asistió a la reunión oficial convocada por Asepur el 23 de enero de 1992. También que en la misma fecha se celebró una reunión paralela a la oficial, en la que se fijaron las líneas de actuación de las conductas colusorias sancionadas, reunión, a la que, según dicha documentación, también asistió la recurrente.

En esta misma línea, debe hacerse referencia a los folios 2106 a 2110, en los que se hace referencia a una reunión ordinaria de Asepur celebrada el 5 de mayo de 1993 en la que figura una específica mención al PAM, y a los compromisos vinculados al mismo (folio 2107), con detalle del programa de actuación, que contempla presupuestos claramente anticompetitivos (intercambio de información comercial sensible innecesaria para los fines de un programa medioambiental -precios, producción, cartera de clientes-, vía las auditoras que actúan como órgano de control, y con obligación de realizar un depósito económico, concebido como medida de retorsión, para hacer frente a eventuales incumplimientos).

Los folios 1369 a 1379, que recogen los acuerdos tomados en una reunión de Asepur de 1 de abril de 1993, muestran, una vez más, la existencia de un intercambio de información entre las competidoras, que va más allá de los datos estadísticos que enviaban a Europur, como evidencia la lectura de los folios indicados que se refieren a precios, cartera de clientes, impacto del precio del transporte en las ventas, costes etc.. En el folio 1379, y en el marco del PAM, se constata el ejercicio de una autoevaluación de las empresas implicadas, entre ellas la recurrente, referida a la participación de cada una en el mercado nacional del poliuretano, una vez tomadas las "medidas de adaptación" a que se refieren los folios anteriores, ya reseñados, lo que recoge en el hecho probado 143 de la resolución.

En definitiva, durante este período el cártel se mantuvo activo, con la forma de organización indicada, con la participación de la recurrente, como pone de manifiesto la lectura del folio 1860 correspondiente a una reunión de Asepur de 21 de diciembre de 2000.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La recurrente asistió a la referida reunión y de de forma explícita se menciona que, a 31 de diciembre siguiente expiraba la última prórroga de vigencia del PAM, valorándose de forma muy positiva los logros conseguidos con el mismo y señalando que "hay que comenzar a estudiar un nuevo proyecto que aborde las necesidades de racionalización y promoción de la calidad existentes"

-En relación al período 2000-2011:

La inasistencia de la recurrente a las diferentes reuniones en modo alguno puede tener las consecuencias que pretende. En primer lugar porque de forma expresa lo niega la jurisprudencia anotada y en segundo lugar porque en todo momento la recurrente fue considerada por loas demás como miembro del grupo, y recibía convocatorias de futuras reuniones.

Resulta llamativo el folio 1090 que refleja una convocatoria hecha, entre otras a la recurrente, para asistir a una reunión el 13 de julio de 2010. En el mismo se hace mención a una reunión con las empresas portuguesas para tratar temas de "normalización y medioambientales", expresiones que se alinean con los términos empleados en anteriores comunicaciones de las empresas imputadas, que forma absolutamente evidente se referían a la organización del cártel. Este Tribunal es plenamente consciente de las obligaciones que la legislación impone a las empresas implicadas en este cártel en materia medioambiental, pues la materia prima empleada en la producción la constituyen productos derivados del petróleo. Cuestión distinta, y merecedora de reprobación, es la sistemática utilización de esta cobertura legal, para desarrollar prácticas anticompetitivas, como sin duda lo es el intercambio de información y medidas coercitivas en que consiste el PAM y las adaptaciones posteriores de este programa a partir del año 2000.

Particular relevancia tienen los folios 5813 y 5814 (Informe Interplast, hecho probado 258 y los folios 1728 y 1729, hecho probado 259, informe Tepol). Estos documentos inciden en la concertación, pues, según se indica en los mismos, la recurrente está en contacto con otras empresas, a fin de intercambiar su política de precios ante la subida de las materias primas, y ello como política a seguir frente a otras empresas que pretenden su reducción para recuperar e mercado.

Está acreditado pues, por las manifestaciones de los clementes y por la documentación incautada en las inspecciones realizadas, que, desde 1992 hasta 2011, existieron reuniones con ocasión de las asambleas de Asepur en las que se produjeron intercambios de información comercial sensible, que dieron lugar a un acuerdo de limitación de la producción y fijación de precios, bajo la cobertura aparente de cumplimiento de un programa medioambiental, razón por la que procede desestimar este motivo de recurso.

Solo resta añadir que la recurrente, en ningún momento, ha acreditado la existencia de coacciones por parte de las empresas solicitantes de clemencia, que hubieron temido por consecuencia la anulación de su libre voluntad, a los efectos de participar en las reuniones y acuerdos colusorios descritos. En todo caso, de haber ocurrido así las cosas, la recurrente pudo acudir a la CNC para denunciar esos hechos, lo que no hizo.

SÉPTIMO : En lo que se refiere a la graduación de la sanción y motivación de la resolución al respecto. En nuestra opinión, la resolución ha motivado de manera suficiente, tanto la gravedad de la conducta y su calificación como falta muy grave (acuerdo horizontal de limitación de producción y fijación de precios), así como su duración, los dos parámetros absolutamente insoslayables a que se refiere el artículo 23 del Reglamento 1/2003 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia de 16 de noviembre de 2000, Asunto Sarrió, C-291/98 , apartados 68 y ss) y cuya falta de justificación puede determinar la declaración de nulidad de la resolución, por insuficiente motivación.

La aplicación de las circunstancias mencionadas en el artículo 64.1 de la LDC , son, esencialmente, parámetros para modular la gravedad de la conducta, tradicionalmente tenidos en cuenta por la jurisprudencia, y que valora y aplica la resolución sancionadora. Éstos pueden operar en beneficio o perjuicio de la infractora, en orden a modular la gravedad de la infracción y justificar, en su caso, el incremento o reducción del porcentaje para calcular el importe básico de la sanción, fijado en este caso en 10% del volumen de ventas afectado por la infracción, tal y como se relata en la página 105 y ss de la resolución recurrida. Todo ello, en aplicación de dicha norma y de las Directrices de la CNC de 9 de febrero de 2009. En este sentido puede verse "mutatis mutandi" la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, Asunto Prym. C-534/07 , apartado 96.

En el examen conjunto de la motivación efectuada por la CNC, debemos concluir que ha respetado los parámetros exigibles, en orden a calificar la conducta como muy grave (cártel sobre limitación de producción y fijación de precios en un contexto singularizado). Debe tenerse en cuenta además, que la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, asunto Prym , antes citada, nos recuerda en el apartado 87, que la falta de justificación o motivación de uno de los parámetros que determinan la gravedad no es causa de anulación de la resolución recurrida.

No obstante, aún mostrando nuestro acuerdo sobre la motivación global de la resolución, en nuestra opinión la Comisión no ha procedido de forma correcta, al no individualizar aspectos relevantes y con influencia evidente sobre la capacidad de la recurrente, como es la toma en consideración de su cuota de mercado, notablemente inferior a la de los líderes del mercado, solicitantes de clemencia, que se establece en torno a un 30%. Esta divergencia debe necesariamente reflejarse en la motivación de la resolución y tomarse en consideración para reducir el porcentaje aplicado para calcular el importe básico de la infracción que prudencialmente y a tenor de lo expuesto, debe fijarse en un 8%, en lugar del 10% establecido en la resolución recurrida.

No podemos, sin embargo acceder los otros motivos de queja invocados por la recurrente, pues la duración de la infracción ha sido correctamente calculada.

A continuación, se analizan las circunstancias modificativas de responsabilidad invocadas por la recurrente.

Si bien para la consumación de una infracción por objeto los efectos de la conducta sobre el mercado son irrelevantes, no lo son en lo que se refiere a la cuantificación de la sanción, perspectiva desde la que se analizan estas alegaciones.

La primera atenuante invocada, consiste en la no aplicación efectiva de la conducta prohibida, prevista en el artículo 64.3 b) LDC . A este respecto debe recordarse la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, Asunto KME, C- 389/10 , apartados 75 a 77, que vincula la aplicación de la atenuante por la inaplicación de los acuerdos anticompetitivos, al hecho de que la inaplicación sea total, lo que no ocurre en este caso, en el que a lo sumo, puede apreciarse una distinta intensidad en su aplicación a lo largo de su duración. Sobre la aplicación de los acuerdos no cabe duda, particularmente en la primera fase, habida cuenta de la documentación referente a la forma en que se articulaba el PAM y que ha sido ya objeto de nuestro análisis. El hecho de que determinado acuerdo, en un determinado momento, no se aplicara, resuelta irrelevante a estos efectos.

La precaria situación financiera de la recurrente en un contexto de crisis económica, no puede justificar una mitigación de la sanción, pues como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, asunto KME , antes reseñada, apartado 97 en relación con el 85, los cárteles suelen surgir en momentos de dificultad del sector, por lo que estas dificultades, que propician la aparición de los cárteles, no pueden constituir una circunstancia atenuante. Esta doctrina, por otra parte, no es más que reiteración de una posición constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, asunto Roca T-412/10 , apartado 163 y la de 12 de septiembre de 2007 Asunto Prym., antes reseñada, apartado 230 sobre los efectos discriminatorios de tal reducción).

Es necesario precisar que, si bien es cierto que, en circunstancias excepcionales, la propia Comisión ha procedido a reducir sensiblemente las multas impuestas por el motivo invocado, lo cierto, es que sólo se ha procedido de esa forma, en circunstancias muy excepcionales que no concurren en el presente caso. A esta conclusión se llega realizando un análisis comparativo del presente supuesto y el enjuiciado en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 2006, asunto FNCBV T-217/03 . El apartado 359 de dicha Sentencia, justifica la reducción de la multa sobre la base, no solo de la llamada crisis de las vacas locas, sino también de las singulares circunstancias que concurrían en la federación sindical recurrente y sus misiones, sin que en este caso puede invocarse una situación análoga.

Las recurrentes, en el supuesto enjuiciado, son empresas mercantiles que, como la gran mayoría en un período de crisis, han sufrido pérdidas económicas, explicitándose en la resolución recurrida, pagina 111 fine, las características del mercado afectado, necesitado de ajustes paras garantizar la eficiencia. Las consecuencias patrimoniales que puedan derivarse de la ejecución de una importante sanción, no pueden, por sí misma, justificar la reducción de ésta, pues ello podría comprometer el efecto disuasivo de las sanciones en materia de Derecho de la Competencia.

En cuanto al supuesto rol pasivo desplegado por la recurrente, circunstancia que ha sido, en ocasiones, admitida por la jurisprudencia, no podemos compartir con la recurrente sus argumentos respecto a la concurrencia de los presupuestos necesarios para la aplicación de esta circunstancia.

Así, la STG de 25-11-2011, asunto T-348/08, Aragonesas, apartados 286 a 289, concluye que, con independencia de que las empresas implicadas participen con más o menos frecuencia en los encuentros esporádicos, el dato relevante es la intensidad con la que participan en los mismos. La documental a que hemos hecho referencia, singularmente los folios 1728 y 1729, ponen de manifiesto que la recurrente, aunque fuera un operador menor en el mercado, no por ello era un ente sin opinión e iniciativa, mero ejecutor de la política de Recticel, que no puede obviarse que entró en el cártel cuando ya llevaba varios años de funcionamiento.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En cuanto a la discriminación sufrida en relación al trato dispensa a Asepur, tampoco podemos compartir dicha tesis, pues la situación de ambas es diferente y en todo caso, la recurrente obtiene ya en esta resolución ya reducción de la sanción que le fue impuesta.

Finalmente, en lo que respecta a la valoración de la Resolución de la Comisión Europea de 29 de enero de 2014, sólo cabe decir, además de compartir la posición del Abogado del Estado en cuanto a la falta de traducción del documento, que la misma es irrelevante a los efectos de este proceso, pues trata circunstancias que si bien guardan alguna relación con los hechos enjuiciados, también presentan diferencias sustanciales, singularmente en lo que respecta al ámbito de la conducta.

OCTAVO: En lo que respecta a la aplicación del límite del 10% en la imposición de la sanción por falta muy grave, a que se refiere el artículo 63 de la Ley de 2007, puesto en relación con la magnitud a la que ha de ser aplicado, la Sala ha llegado a la conclusión de anular parcialmente la resolución recurrida por haber aplicado la CNC el límite máximo de la sanción por falta muy grave del 10%, en relación con el volumen total de ventas de la recurrente y no sobre el volumen total del mercado afectado, alegación que la recurrente desarrolla de forma específica y detallada en sus conclusiones. El razonamiento de la Sala es el siguiente:

I. Sobre la naturaleza del límite del 10%.

Hemos de examinar la alegación de la actora, contenidas tanto en la demanda como en las conclusiones, sobre la mecánica en la cuantificación de la multa impuesta.

El artículo 62 de la Ley 15/2007 establece:

"4. Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley 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 artículo 63 de la misma Ley:

"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."

Hemos de señalar que el sistema que determinan los señalados preceptos se basa en dos elementos esenciales respecto de las infracciones muy graves:

1.- el volumen de negocios que ha de considerarse es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa,

2.- el máximo legal previsto es el 10% de dicho volumen.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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.

II: Sobre la base que ha de aplicarse el límite del 10%.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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.

La recurrente señala que su volumen de negocios en el mercado afectado es sensiblemente inferior al total de la empresa, por lo que la sanción impuesta sobrepasa ampliamente el límite legalmente establecido, razón por la que, también por este motivo la resolución recurrida debería ser anulada.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser anulada, fijándose como límite máximo la cantidad de 630.850 euros, pues su volumen total de facturación en España, en el sector afectado, ascendió a 6.308.509,08 euros en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción, datos inicialmente confidenciales que la recurrente explicita, sin reservas, en su escrito de conclusiones.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

NOVENO : De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , acordándose una estimación parcial del recurso, no procede realizar un especial pronunciamiento sobre las costas, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos en esa medida el acto impugnado. La cuantía de la sanción se fija en un 8% del volumen de ventas afectado por la infracción, aumentado con el factor de duración tal como resulta establecido en la resolución impugnada, sin que la cantidad resultante pueda sobrepasar el 10% del volumen de ventas de la recurrente en el mercado afectado. Confirmamos el acto impugnado en los restantes extremos. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ordinario ante la Sala III del Tribunal Supremo, que podrá interponer ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, a la sentencia de 23 de julio de 2014 dictada en el recurso 176/13.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado D. Santiago Soldevila Fragoso, a la sentencia de 23 de julio de 2014 dictada en el recurso 176/13.

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 7 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. Sin duda, su régimen jurídico y estatuto son distintos, pero 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 regulación, sanción penal impuesta por la Administración, resulta compatible con la Convención, si las resoluciones que se dicten 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. A este respecto me remito al apartado 59 y concordantes de la STEDH de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini. Tanto el sistema de la Unión como el español, cumplen con estas exigencias, por lo que no se plantea cuestión relevante en cuanto a la naturaleza del órgano sancionador.

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 un 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 CE , lo que expresamente descarta a la vista de la jurisprudencia del TS 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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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 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 adecuado tomar en consideración los siguientes aspectos: a) La CNC es competente para aplicar en España los artículos 101 y 102 del TFUE en los supuestos en los que las prácticas anticompetitivas puedan afectar al comercio entre los Estados miembros (artículo 3 del Reglamento 1/2003). b) Para hacer efectivo el respeto a las reglas de la libre competencia, la CNC 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 . c) 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) d) 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. Resulta pertinente en el presente caso la cita de la STJUE de 4 de junio de 2009 Asunto T- Mobile C-.8/08 , apartados 49 a 51 y las Conclusiones de 19 de febrero de 2009, de la Abogado General J. Kokott en el mismo asunto, apartados 81 y ss. Si bien en materia de procedimiento, que no de derecho sustantivo, los Tribunales nacionales gozan de un margen de actuación, el mismo está sujeto a los principios de equivalencia y efectividad, y debe garantizarse, en todo caso, el efecto útil del artículo 101 del TFUE . Llamo especialmente la atención sobre el apartado 85 de estas Conclusiones, asumido sin género de dudas por la sentencia en el examen de la segunda cuestión prejudicial planteada, en el que se califica de crucial la interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión, del artículo 81 del Tratado CE, hoy , 101 TFUE . Una interpretación que omitiera el aspecto sancionador de este tipo de conductas, privaría de efecto útil a las mismas.

5º.En el presente caso, el artículo 63 LDC establece que el importe de la multa por infracción de la propia ley, lo que implica también la 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, tanto del Tribunal de Justicia, como del Tribunal General. 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.

6º 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, de entrada, 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, sin perjuicio de que este umbral de nivelación se identifique, obviamente, con la cuantía máxima que pueda exigirse a la empresa infractora.

Esta construcción tiene consecuencias prácticas importantes. Permite desvincular del principio de proporcionalidad o igualdad de trato, los supuestos de imposición de multas sancionadoras por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE impuestas en el mismo límite del 10% . 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, que simplemente reitera doctrina anterior.

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.

7º. Una cuestión distinta es la de si el sistema regulado en los artículos 63 y 64 de la LDC , que es más explícito y garantista que el establecido en la normativa de la Unión, en la obviamente se inspira, resulta compatible 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. De forma expresa se indica en dicha jurisprudencia, que la sentencia de 28-1-13 reitera, ningún precepto impone la obligación de establecer una escala o división tripartita de infracciones, bastando con una única categoría.

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.

8º De no aceptarse la interpretación que propongo, queda, naturalmente a salvo, la posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, o de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, poniendo de manifiesto el distinto grado de protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito nacional y de la Unión.

Personalmente, ni comparto, ni propongo, ninguna de las dos medidas, teniendo en cuenta, por una parte, la clara y reiterada posición del Tribunal Supremo, y la uniformidad absoluta de la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre esta cuestión, apoyada en la necesidad, calificada como esencial, de la aplicación uniforme de los artículos 101 y 102 TFUE , para lo que sería impensable no incluir el aspecto sancionatorio, que es el que garantiza su eficacia.

Resulta de interés a este respecto la lectura de las SSTJUE de 26 de febrero de 2013, asunto Melloni C-399/11 , y de 22 de junio de 2010, asuntos Aziz Malki y Selim Abdeli, C-188 y 189/10.

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 también en el FJ 6 de la sentencia de la que discrepo, me remito directamente al voto formulado en su día por la antigua Magistrada de esta Sección 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".

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".

Fdo

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

PUBLICACIÓN.

La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, en audiencia pública.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ