



Roj: **SAN 3609/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:3609**

Id Cendoj: **28079230062015100290**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **453/2013**

Nº de Resolución: **42/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000453 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04773/2013

Demandante: NADOR COTT PROTECTION S.A.R.L

Procurador: MANUEL SÁNCHEZ PERLADO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. Berta Santillan Pedrosa

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil quince.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 453/13 promovido por el Procurador D. Manuel Lanchares Rosado actuando en nombre y representación de **NADOR COTT PROTECTION S.A.R.L.**, contra la resolución de 4 de julio de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 83.147 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, y personándose en el proceso AVA-ASAJA, representada por la Procuradora D^a María Rosa Martínez Virgili, el **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS**, representado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, y EUROSEMILLAS, S.A., representada por la Procuradora D^a Raquel María García Olmedo.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que "1) *Anule la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de julio de 2013...* 2) *Subsidiariamente, para el caso de que esta Sala considere que procedía sancionar a mi representada, anule parcialmente la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de julio de 2013 (expediente número S/0312/10 **Carpa Dorada** y **Club de Variedades Vegetales Protegidas**) reduciendo el importe de la multa que le fue impuesta a NADORCOTT PROTECTION S.A.R.L. (NCP) en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico-Material Tercero de esta demanda...*".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado y la entidad codemandada AVA-ASAJA contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 16 de septiembre de 2015, teniendo así lugar.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 4 de julio de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/0312/10 cuya parte dispositiva era del tenor literal siguiente:

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

SEGUNDO. Imponer a NADORCOTT PROTECTION S.A.R.L. (NCP) una multa de 83.147 euros.

*TERCERO. Intimar a NADORCOTT PROTECTION S.A.R.L. (NCP), **CARPA DORADA** (CP) y al **Club de Variedades Vegetales Protegidas** (CVVP) al cese de la conducta infractora eliminando las restricciones a la comercialización del fruto identificadas en el Fundamento de Derecho SEXTO, así como abstenerse de introducir restricciones equivalentes en el futuro". (...)*

Manteniendo el esquema de la sentencia de esta Sección de fecha 18 de junio de 2015, dictada en el recurso núm. 385/13 seguido a instancia de la mercantil también sancionada **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS** frente a la misma resolución de 4 de julio de 2013, aquí recurrida, los antecedentes procedimentales que precedieron a dicho acuerdo y que resultan de trascendencia en este concreto asunto pueden resumirse del siguiente modo:

1.- El 20 de noviembre de 2.010 la asociación de agricultores AVA-ASAJA presentó denuncia contra el **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS** y contra **CARPA DORADA** por prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de la comercialización de la mandarina Nadorcott consistentes en la implantación de un sistema de identificación de la fruta que limitaría los canales para su comercialización.

2.- Tras diversos requerimientos de información, en fecha 21 septiembre 2011 se resolvió la incoación de expediente sancionador por conductas prohibidas en los artículo 1.1 de la LDC y en el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistentes en un acuerdo para controlar y restringir la distribución de la **variedad** de la mandarina Nadorcot mediante la articulación de un sistema de licencias de explotación y contratos de adhesión a un sistema de trazabilidad, así como la creación de un **club** intersectorial que agrupa a productores y envasadores-comercializadores que limitaría la comercialización de la fruta de esa **variedad** y, con ello, afectando a los precios de la misma.

3.- En fecha 9 de mayo de 2012 se remitieron requerimientos de información a **CARPA DORADA**, el CVVP y GESLIVE.

4.- El 11 de septiembre de 2012 la Dirección de Investigación acordó ampliar la incoación del expediente contra NADOR COTT PROTECTION S.A.R.L. al entender que existían indicios racionales de su participación en los hechos objeto de investigación.

5.- El 17 de septiembre de 2.012 se formuló el pliego de concreción de hechos que fue contestado por la actora en fecha 18 de octubre de 2012, interesando además el CVVP la terminación convencional del procedimiento, lo que fue denegado por la Dirección de Investigación mediante acuerdo de 29 de octubre de 2012.



6.- En fecha 31 de octubre de 2012 se acordó el cierre de la fase de instrucción, y el 16 de noviembre de ese año la Dirección de Investigación formuló propuesta de resolución frente a la que la actora presentó alegaciones el 14 de diciembre de 2012.

7.- El Consejo, con fecha 24 de abril de 2013, dictó acuerdo remitiendo a la Comisión Europea la propuesta de resolución del expediente conforme al art. 11.4 del Reglamento 1/2003. El 10 de junio de 2013 solicitó además determinada información necesaria para la resolución del procedimiento suspendiendo el plazo de resolución. El 1 de julio de 2013 **CARPA DORADA**, el **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES** PRTEGIDAS y NADOR COTT contestaron al requerimiento de información de 10 de junio de 2013. Y, previo levantamiento de la suspensión, se dictó finalmente la resolución impugnada de 4 de julio de 2013.

Asimismo, los hechos determinantes de la incoación del expediente sancionador que resultan de los documentos acopiados en el mismo serían los siguientes:

1. Con fecha 22 de agosto de 1995 la sociedad francesa NADORCOTT PROTECTION S.A.R.L. (NCP) presento en la Oficina Comunitaria de **Variedades Vegetales** (OCVV) solicitud de proteccion comunitaria de obtencion **vegetal** para la **variedad** de mandarina Nadorcott, petición a la que se accedió mediante resolución de 4 de octubre de 2004 y de conformidad con el Reglamento (CE) 2100/1994 del Consejo, de 27 de julio, relativo a la proteccion comunitaria de obtenciones **vegetales**. Dicha protección abarcaba inicialmente desde el 4 de octubre de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2029.

2.- El 23 de junio de 2003 NCP firmo con **CARPA DORADA** y GESLIVE un "Contrato de Explotacion de la **Variedad Vegetal** Nadorcott", cuyo objeto era *"el establecimiento y regulacion de la colaboracion entre el Titular y el Editor para la explotacion comercial en el mercado espan~ol y portugues de la **Variedad**"*. GESLIVE A.I.E., entidad firmante de dicho acuerdo, es una agrupacion de interes economico y sin ánimo de lucro formada por los principales obtentores de **variedades vegetales** que operan en Espan~a. Fue creada en 1996 con el objeto de gestionar, proteger y defender los derechos sobre tales **variedades** en interes exclusivo de sus socios y clientes. Interviene y controla la concesion de licencias de produccion y comercializacion del material de las **variedades protegidas** que se le encomiendan, encargandose de la recaudacion de los royalties.

3.- El contrato estipulaba que *"la colaboracion acordada [...] concede la exclusividad de explotacion de la **Variedad**"* y que su ambito de aplicacion territorial era Espan~a y Portugal. El acuerdo definia lo que debia entenderse por *"explotacion comercial"* en los siguientes terminos: *"el conjunto de actos encaminados y/o consistentes en producir, reproducir o multiplicar, plantar, vender o comercializar, exportar (excepcion hecha del material parental o de reproduccion), importar o almacenar para cualquiera de tales fines, material **vegetal** de la **variedad**, incluida la fruta como producto cosechado de ese material"*. Asimismo especificaba como debia llevarse a cabo esa explotacion, indicando que **CARPA DORADA** concederia a los agricultores -a traves de GESLIVE- licencias de explotacion de la **variedad**, dentro de los limites que se recogian en el contrato.

4.- Posteriormente, el 20 de marzo de 2009, NADORCOTT PROTECTION, **CARPA DORADA** y GESLIVE firmaron un acuerdo en virtud del cual introdujeron una serie de modificaciones al contrato de 23 de junio de 2003, imponiendo limitaciones a la concesión de licencias atendido el incremento de plantaciones existentes, y acordando que no se podrian conceder licencias para arboles plantados despues del 30 de noviembre de 2004 (fecha limite para la regularizacion voluntaria implantada por GESLIVE), salvo acuerdo expreso y caso por caso de **CARPA DORADA** y NCP. Además, el contrato de colaboracion contenia en un documento anexo, el *"Plan de Produccion y Comercializacion de la **variedad** de mandarina Nadorcott"*, y que determinaba los limites de la actuacion de **CARPA DORADA** en el ejercicio de los derechos que le conferia el acuerdo, en particular, el numero de licencias que el Editor podria autorizar cada an~o y los royalties por planta que el Editor pagaria al Titular. Se dejaba libertad a **CARPA DORADA** para fijar el royalty que cobraría a los agricultores, encargándose GESLIVE de realizar estos cobros asi como de pagar al titular. Además, en relacion con GESLIVE, el contrato sen~alaba que la misma, actuando bajo mandato de **CARPA DORADA** (CD) y siguiendo sus instrucciones, seria quien concederia y gestionaria las licencias de explotacion. Se le encomendaba la percepcion de los correspondientes royalties, la persecucion y ejercicio de acciones legales contra eventuales infracciones de los derechos sobre la **variedad** Nadorcott, y su regularizacion cuando procediera.

5.- En el contrato entre NCP y **CARPA DORADA** de 23 de junio de 2003 se sen~alaba que GESLIVE, actuando bajo mandato de la segunda y siguiendo sus instrucciones, seria quien concederia y gestionaria las licencias de explotacion. Asimismo, se encomendaba a GESLIVE la percepcion de los correspondientes royalties, la persecucion y ejercicio de acciones legales contra eventuales infracciones de los derechos sobre la **variedad** Nadorcott, y su regularizacion cuando procediera.

6.- El 12 de diciembre de 2008 se fundo el CVVP como asociacion sin animo de lucro cuyos fines son, entre otros, (i) la representacion de los intereses colectivos de titulares de derechos de explotacion de **variedades vegetales**, de licenciarios de **variedades** y de las entidades comercializadoras *"siempre que ostenten un titulo*



legítimo para la explotación comercial de las mismas"; (ii) la gestión, protección, inspección, control, auditoría, certificación y defensa de los derechos de explotación comercial sobre **variedades vegetales**; (iii) la defensa de los intereses de sus asociados frente a la explotación ilegal de **variedades**. Los accionistas de **Carpa Dorada**, directa o indirectamente, participaron en el CVVP como socios fundadores.

7.- El 2 de enero de 2009 **CARPA DORADA** firmó con CVVP un contrato para la gestión, protección y defensa de la **variedad** en virtud del cual CVVP asumía determinadas funciones que hasta entonces habían correspondido a GESLIVE. El contrato establecía una serie de principios rectores de la colaboración entre **CARPA DORADA** y CVVP, entre los que se incluían los siguientes: (i) establecer una estrategia común de lucha contra la explotación ilegal de la **variedad**, y (ii) establecer un sistema de inspección, control, identificación y auditoría de la producción y manipulación de la **variedad**, dirigido a preservar la calidad y el origen de la misma, consiguiendo de este modo garantizar la trazabilidad de la fruta.

8.- CD y CVVP comunicaron formalmente a GESLIVE la suscripción de este acuerdo el 2 de enero de 2009, y recabaron su firma en 2 Anexos al mismo de fechas 12 de marzo y 16 de abril de 2009 a los solos efectos de "tomar razón de la existencia de dicho contrato y de colaborar con ambas entidades con la finalidad de facilitar y permitir el traspaso de funciones incluidas en el acuerdo que Geslive mantenía con CD, a favor del CVVP, incluida la gestión íntegra del Sistema de Identificación". El anexo de 16 de abril entre CD, CVVP y Geslive completaba la cesión al CVVP de los derechos de los que GESLIVE era titular como mandataria de CD en virtud de los acuerdos de adhesión al sistema de identificación suscritos con los envasadores de mandarina Nadorcott, y autorizaba al CVVP para la gestión en los más amplios términos de los contratos de adhesión al sistema de identificación. Los contratos de licencia firmados en este segundo proceso de regularización son similares a las de los contratos de licencia suscritos en la etapa anterior (2004-2008) salvo en algún aspecto, y así son firmados por una parte por el licenciario y, por otra, por Geslive, que actúa en carácter de mandatario de las sociedades NCP (el Titular), **CARPA DORADA** (el Editor) y la asociación CVVP (el **Club**). En los contratos de licencia firmados a partir de la primavera de 2009, GESLIVE interviene "actuando en su carácter de mandatario de las sociedades NADOR COTT PROTECTION S.A.R.L. (en adelante denominada "El Titular"), **CARPA DORADA S.L.** (en adelante denominado "El Editor) y de la asociación **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS** (en adelante denominado "El **Club**) Las obligaciones de información e inspección se establecen en relación al CVVP, no a GESLIVE.

9.- El sistema se basa esencialmente en la suscripción de contratos de adhesión al sistema de trazabilidad con las condiciones fijadas por el CVVP.

Partiendo de tales hechos, que resumen los recogidos en la resolución sancionadora, el Consejo entendió que el sistema de trazabilidad, incorporado a la concesión de licencias para la explotación de la **variedad**, no es compatible con lo establecido en el artículo 1 de la LDC así como en el artículo 101 del TFUE porque introduce, desde su creación, un conjunto de restricciones a licenciarios y comercializadores que permiten el control de la comercialización de la mandarina Nadorcott.

En el acuerdo sancionador se refiere a que "El productor estaba obligado a enviar cada año un informe actualizando la información relativa a su plantación, un informe de ventas de la campaña detallando la cantidad de fruta producida y/o comercializada y la identidad del distribuidor o distribuidores/envasadores. Asimismo se autorizaba a Geslive a solicitar de las entidades comercializadoras de la fruta de la **variedad** cualquier información concerniente a la producción, comercialización y en general movimientos de material y fruta de la **variedad**", y que "Estas obligaciones suponen una restricción adicional a la de limitar la venta de la fruta a los comercializadores adheridos. En este caso se obliga al licenciario a facilitar información sobre sus clientes, los comercializadores que le compran la fruta, y el volumen que vende a cada uno de ellos. Información que forma parte de los secretos comerciales de cualquier agente económico". Incide en que "Antes del inicio de cada campaña, el envasador debía comunicar al gestor las parcelas cuya fruta hubiera adquirido o contratado, indicando, entre otros, el nombre del productor, número de licencia de explotación y fecha prevista de recolección", y que "Esta información que se obliga a facilitar a los comercializadores adheridos al sistema, supone una nueva restricción ya que no se limita a que facilite datos globales sobre el volumen de fruta que espera envasar, sino que se le piden datos sobre sus proveedores y previsiones sobre el momento en que la fruta saldrá al mercado, pues no otro sentido puede tener solicitar la fecha prevista de recolección".

Destaca que la entrada en escena de CVVP intensificó las restricciones a la libre comercialización de la fruta pues ya no se trataba de venderla a un comercializador adherido al sistema, sino que los socios de CVVP acordaban que dicha comercialización solo tendría lugar entre ellos.

El cambio que supuso a partir de 2009 el segundo proceso de regularización implicaba que las obligaciones de información de productores y comercializadores se establecen en relación al CVVP y no a Geslive y ello, a juicio del Consejo, determinó que "La capacidad para restringir la competencia que tiene el cambio consistente



en que la información se facilite a CVVP es muy alta. CVVP es una asociación que integra a los principales productores y envasadores, y recibe información detallada sobre cada operación que se realiza, además de los informes anuales de ventas y producción. Esto supone el suministro "en tiempo real" de información sensible y desagregada entre los principales productores y comercializadores de la **variedad** (los operadores no asociados al CVVP deben suministrar la información pero no acceden a ella)".

Las restricciones a la competencia que conllevaría este sistema de trazabilidad se resumirían del siguiente modo:

- 1.- Limitación al productor licenciatario de la venta de la fruta a los comercializadores adheridos.
- 2.- Obligación del productor licenciatario de facilitar información sobre sus clientes comercializadores.
- 3.- los envasadores-comercializadores adheridos al sistema debían disponer de los medios técnicos necesarios para su implantación.
- 4.- Obligación del envasador adherido al sistema de facilitar información sobre sus proveedores y previsiones sobre el momento en el que la fruta saldría al mercado
- 5.- Intensificación, tras la entrada en escena del **Club de Variedades vegetales Protegidas** (año 2009) de las restricciones a libre comercialización de la fruta l introducir determinadas cláusulas de exclusividad en su estatuto y en su reglamento interno.
- 6.- Las obligaciones de información de productores y comercializadores se establecen en relación al **Club de Variedades vegetales Protegidas**.
- 7.- El **Club de Variedades Vegetales Protegidas** se reserva la facultad de prorrogar los acuerdos de adhesión con los comercializadores que considere, dotándose de un instrumento para controlar quiénes de ellos podrán comercializar la fruta cada campaña.
- 8.- Establecimiento de una obligación de pago al **Club de Variedades vegetales Protegidas** por parte del envasador no asociado (10 euros por tonelada de fruta etiquetada) por lo que la opción de comercializar la fruta de la **variedad** sin pertenecer al **Club** deja de tener sentido.
- 9.- Introducción de una estipulación relativa al derecho de asociarse libre y voluntariamente al **Club** que tiene el envasador, en cuyo caso el precio a que resulta obligado será satisfecho en concepto de cuota ordinaria de la Asociación, sin que el hecho de ser asociado tenga un coste adicional al precio por envasador.
- 10.- Con la creación del **Club, Carpa Dorada** traslada todo el coste del mantenimiento del sistema de trazabilidad a lo productores y envasadores, agravándose la situación de inequidad en el reparto de los costes y beneficios del mismo.

Y en relación a la imputación formulada frente a NCP, la resolución sancionadora la concreta en que "NCP es responsable ya que, en tanto que titular de la **variedad**, no puede alegar desconocimiento de lo que hacían CD y CVVP. Cuando firmo el contrato de 23 de junio de 2003 conocía que los socios de CD eran productores/comercializadores del fruto de la **variedad** y los primeros en acogerse al proceso de regularización. Y sabiendo esto decidió incluir en dicho contrato que el término explotación comercial incluía la fruta como producto cosechado. Podía haber optado por conceder la titularidad de la explotación de la **variedad** a una entidad independiente de los productores y comercializadores y no lo hizo. De hecho, avalo y participo en calidad de mandante en la concesión de las licencias y en los contratos de adhesión. Y sigue figurando como mandante, junto con CD y CWP, en las licencias de explotación concedidas en el segundo proceso de regularización, que se llevo a cabo a partir del 15 de mayo de 2009".

SEGUNDO .- Teniendo presentes los antecedentes expuestos y los términos en que se pronuncia la precitada sentencia de 18 de junio de 2015, procede abordar ahora los concretos motivos de impugnación que sustentan la demanda.

El primero de tales motivos se articula en torno a la "Nulidad de la resolución recurrida por vulneración del carácter personal de la responsabilidad en materia sancionadora".

Parte en su formulación la recurrente de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como de la garantía establecida en el artículo 24 de la Constitución y de la interpretación del alcance de dicho precepto que han hecho tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo en relación al invocado principio de culpabilidad, que rechazaría en todo caso una responsabilidad objetiva no basada en la acreditación de la culpabilidad del sujeto.

Sobre esta base, la actora sostiene que carece de responsabilidad en la conducta sancionada al no haber participado en la concepción, diseño, desarrollo o implantación del sistema de trazabilidad, por lo que no sería



en ningún caso responsable del mismo. Y por ello entiende que la imputación se sostiene tan solo en su mera condición de titular del derecho a la **variedad vegetal**, insuficiente para mantener la responsabilidad, poniendo de relieve que siempre estuvo desvinculada jurídica, material y formalmente del modo en que se gestionaron los derechos de propiedad industrial sobre la **variedad vegetal** Nadorcott en España y Portugal.

Argumenta que la resolución sancionadora parte del error de considerar que la decisión de implantar un sistema de trazabilidad de la mandarina Nadorcott preexistía a la firma del contrato de junio de 2003, de modo que reprocha a Nadorcott Protection no haber tenido en cuenta el impacto de dicho sistema sobre terceros a la hora de seleccionar a **Carpa Dorada** como una suerte de culpa in vigilando, sin que pudiera ignorar lo que **Carpa Dorada** estaba haciendo, lo que determinaría su responsabilidad si se advierte además que las licencias se otorgaban en su nombre. Pero este razonamiento sería admisible, dice, solo en el supuesto de que Nadorcott Protection hubiera tenido algún tipo de control sobre la actividad de **Carpa Dorada** y el **Club de Variedades Vegetales Protegidas**, lo que no es en modo alguno cierto.

Y concluye afirmando que no ha tenido en ningún momento capacidad de modificar o intervenir en los elementos declarados anticompetitivos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, lo que excluiría su culpabilidad, incluso a título de mera aquiescencia.

La concreta descripción de las responsabilidades en la resolución sancionadora (folios 74 y 75 de la misma) se basa, sin embargo, en que Nadorcott Protection "... en tanto titular de la **variedad**, no puede alegar desconocimiento de lo que hacían CD y CVVP".

Coincidimos en esta primera conclusión. La titular de los derechos de explotación de la **variedad vegetal** cobraba los royalties a que se refiere el artículo 5º del contrato de 23 de junio de 2003 como contraprestación a los derechos concedidos para la **variedad** en el Plan de Producción y Comercialización, previéndose su actualización y aumento a partir del décimo año de vigencia del contrato en los términos contemplados en el mismo (folios 992 y siguientes del expediente administrativo).

En el acuerdo posteriormente suscrito con fecha 20 de marzo de 2009 entre NADORCOTT PROTECTION, **CARPA DORADA** Y GESLIVE se introdujeron algunas modificaciones en el contrato de 2003 que, básicamente, atendían al incremento de plantas existentes por lo que resolvieron que no se podrían conceder licencias para árboles plantados después del 30 de noviembre de 2004 con las excepciones contempladas en el mismo acuerdo, fijando n 2.200.000 el número máximo de plantas autorizadas en España y Portugal (folios 1002 a 1005).

Y en el contrato firmado el 2 de enero de 2009 entre **CARPA DORADA** y el **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS**, ambos sancionados en la resolución que aquí se recurre, éste último asumía una serie de funciones relativas a la gestión del sistema de control de la **variedad** y, en particular, la firma de los contratos de adhesión, instrumento que sería la clave del sistema anticompetitivo denunciado.

Pues bien, NADORCOTT PROTECTION continuó actuando como mandante en la concesión de las licencias y en los contratos de adhesión, y figurando como mandante también en las licencias de explotación que se concedieron en el segundo proceso de regularización, que trae causa del referido acuerdo y que se llevó a cabo a partir de mayo de 2009.

La percepción de los derechos derivados de la titularidad de la **variedad** en punto a su explotación, que se produjo bajo el sistema de trazabilidad sancionado, obligan a concluir que la mercantil actora es responsable en los términos que se determinan en la resolución recurrida, sin que pueda excluirse dicha responsabilidad -ciertamente atenuada, teniendo en cuenta el importe de la multa que finalmente le fue impuesta y respecto de la aplicada a quien se consideró principal artífice, el **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS**-, por la falta de participación en el diseño del sistema, que no se le imputa en realidad, ni por el supuesto desconocimiento del mismo, que no es desde luego creíble por su condición de mandante, por la prolongación en el tiempo de las prácticas restrictivas y por la percepción continuada, insistimos, de los derechos económicos que se le atribuyen en el contrato de explotación.

TERCERO.- El segundo de los motivos esgrimidos en la demanda se refiere a la *"incorrecta aplicación del carácter restrictivo de la conducta investigada"*.

Aquí incide la entidad actora en tres líneas argumentales: a) Las conductas investigadas se encuadran dentro de las conductas *de minimis*. b) Las conductas investigadas no son restrictivas de la competencia por su objeto y por sus efectos. c) Las eventuales restricciones a la competencia que pudieran identificarse quedarían cubiertas por la exención singular del artículo 1.3 de la Ley 15/2007 y del artículo 101.3 del Tratado.



Resulta obligado remitirse a lo resuelto por esta misma Sección en la ya mencionada sentencia de 18 de junio de 2015, recaída en el recurso número 385/2015 seguido a instancia del **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS** frente a la misma resolución de 4 de julio de 2013, ahora recurrida.

En relación con la existencia de una conducta de minimis, razona dicha sentencia lo siguiente:

*"Dentro del capítulo de excepciones que invoca la actora para la no sancionabilidad de la conducta imputada, alega, en primer lugar a que se trata de una conducta de menor importancia, en los términos del art.1 del RD de 261/2008 y art. 5 de la LDC . Sin embargo, lo cierto es que la actora no ha desvirtuado las consideraciones expuestas en la resolución impugnada que en este momento debemos confirmar. Así, admitiremos con carácter previo que el mercado relevante es precisamente el relativo a la **variedad** de mandarina, sin mayores limitaciones derivadas del tiempo de comercialización este producto. Si partimos del criterio de la sustituibilidad del lado de la demanda, tal como se deduce de la Comunicación de la Comisión sobre definición del mercado de referencia (DO 9.12.1997), dicho mercado relevante no alcanza a la totalidad de la fruta, pese a lo que indique la actora, dadas las diferentes necesidades que tiene el consumidor de fruta. A partir de este dato por tanto debe mantenerse la cuota de mercado indicada en la resolución impugnada respecto de la actora y que alcanzaría al 15% de dicho mercado. Al ser por tanto una cifra superior al 10%, no sería aplicación la extensión prevista en dicho artículo 1.a. del RD 261/2008 . Y lo mismo cabría decir por aplicación del art.2.4.a del RDC, si tenemos en cuenta que la **variedad vegetal** otorga un derecho exclusivo en favor de la titular de la **variedad**, y que ha sido explotado en España por el **club** recurrente, por lo que quedaría incluido en el citado precepto, que no distingue entre derechos de exclusividad, sin que las consideraciones expuestas por la actora desvirtúen lo indicado".*

No cabe sino reiterar lo expuesto en cuanto al mercado relevante; y por lo que se refiere a la aplicación de la regla del artículo 2.4.a) del Reglamento de Defensa de la Competencia , no existe el pretendido incumplimiento por la CNMC del artículo 3 del Reglamento de la Unión Europea 1/2003 y con ello una vulneración del principio de primacía del Derecho de la Unión. Según el precepto nacional, *"Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia: a) Las conductas desarrolladas por empresas titulares o beneficiarias de derechos exclusivos ..."*.

Pues bien, la falta de mención específica a este supuesto en la normativa europea no implica que su incorporación al derecho nacional resulte contraria a aquélla teniendo en cuenta que, como apunta el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, la concesión de derechos exclusivos de explotación sobre propiedad intelectual no implica que los mismos sean inmunes a las normas sobre competencia, y así se establece en las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología (2004/C 101/02), en cuyo punto 7 expresamente se manifiesta que *"El hecho de que la legislación sobre propiedad intelectual confiera derechos exclusivos de explotación no implica que los derechos de propiedad intelectual sean inmunes al Derecho de competencia. Concretamente, los artículos 81 y 82 son aplicables a los acuerdos por los que el titular de unos derechos de propiedad intelectual concede a otra empresa una licencia de explotación de los mismos (9). Tampoco implica que exista un conflicto inherente entre los derechos de propiedad intelectual y las normas comunitarias de competencia. De hecho, ambos cuerpos legales persiguen el mismo objetivo básico de promoción del bienestar de los consumidores y asignación eficiente de los recursos"*.

Resulta plenamente conforme a este criterio, y por ello acorde con la normativa comunitaria, que la regla de minimis, que determina la exclusión de la aplicación de los artículos 1 a 3 de la Ley, no opere cuando se produzca una situación de exclusividad que confiere una ventaja unilateral, derivada de la titularidad o explotación de derechos exclusivos.

Supone también la recurrente que las conductas investigadas no son restrictivas de la competencia por su objeto y por sus efectos.

Nuevamente ha de decirse que se trata de una cuestión abordada y resuelta por la sentencia de 18 de junio de 2015 que, en punto a este asunto, argumenta lo siguiente:

*"La actora se opone a la sanción impuesta, rechazando, en primer término la existencia de verdaderas restricciones a la comercialización. Así respecto del sistema de trazabilidad considera que ha de ser entendido conforme a la necesidad del sistema de identificación de la fruta y de la necesidad de establecer acciones para erradicar la existencia de plantaciones ilegales en España. Siendo cierto lo expuesto, dejando a un lado las cuestiones relativas a si hubo o no limitación a la producción en la campaña 2010/11 para mantener o no los precios, y si existió o no una climatología adversa, y admitiendo la necesidad de identificación de la fruta de la **variedad** Nadorcott para evitar la producción ilegal lo cierto es que las **variedades vegetales**, objeto de protección por la legislación comunitaria (Reglamento 2100/1994, de 27 de julio) o nacional (Ley 12/1975, de 12 de marzo), derogada por la Ley 3/2000, de 7 de enero), se sujetan a la normativa en materia de defensa de la competencia por previsión del art.138 del Reglamento 2100/94 , de modo que el titular de la obtención tan sólo*



dispone de un derecho sobre el material de reproducción de la **variedad**, y excepcionalmente sobre el producto de la cosecha, tal como ha indicado la OEVV (f.894), y que se traduce en el abono de los correspondientes royalties, y así se deduce de la Ley 3/2000 (art.12 , 13 y 18). Por consiguiente, la actuación de la CNMC no pretende eludir la protección de la **variedad vegetal**, ni siquiera el sistema de identificación de la **variedad**, sino tan sólo eludir las restricciones a la comercialización que no se considere necesarias, y en este sentido conviene tener en cuenta que en ejecución de la resolución impugnada la actora ha adoptado nuevas medidas que revelan la innecesariedad del denominado sistema de trazabilidad. Por consiguiente, y con pleno respeto a la finalidad de la actora de eludir la existencia de plantaciones irregulares de la **variedad** de mandarina hay que entender que las limitaciones a la comercialización derivadas del sistema de trazabilidad no han quedado justificadas, con independencia de lo expuesto en el informe del catedrático de Derecho Mercantil aportado los autos, del que profundamente discrepamos en lo relativo a la consideración como no esencial a las mencionadas restricciones a la comercialización dentro de todo el sistema (p.29), así como a la consideración de que los consumidores participan de los beneficios derivados de este proceso (p.21), o que se trata de un acuerdo que se refiere a la fase de distribución".

Asimismo se pronuncia la sentencia sobre otras de las alegaciones que, en este proceso, formula actora, cual es la aplicación de las condiciones de exención a que se refiere el artículo 1.3 de la Ley 15/2007 , y señala que "*Finalmente tampoco cabe invocar la extensión reconocida en el art.1.3 de la LDC , que constituye una plasmación del art.81.3 del Tratado. Y ello en la medida en que no puede reconocerse los efectos beneficiosos de tal medida puesto que no concurre las circunstancias mencionadas en dicho precepto, toda vez que ni se observa que había tenido lugar beneficio alguno para los consumidores ni las restricciones impuestas se consideran indispensables ni eran necesarias para evitar las plantaciones irregulares. La actora no ha demostrado en este sentido lo contrario, y ello conlleva el perecimiento del mencionado motivo*".

CUARTO .- El último de los motivos del recurso, planteado con carácter subsidiario, se refiere a la desproporción de la sanción que advierte la actora se manifiesta en dos aspectos: en primer lugar, porque la misma ha sido cuantificada considerando el período 2004-2012 cuando es lo cierto que la supuesta participación de NADOR COTT PROTECTION solo podría extenderse mientras su mandatario GESLIVE concluyó en su nombre acuerdos con los agricultores, en concreto hasta enero de 2009, pero no después ya que a partir de ese momento GESLIVE fue sustituida por el **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS**; y, en segundo término, porque la sanción impuesta a la mercantil recurrente lo ha sido en el mismo porcentaje (5% de la suma ponderada del volumen de negocios) que al resto de las sancionadas, siendo así que su participación habría sido, dice, claramente pasiva.

Entendemos que ninguna de estas consideraciones justifica una rebaja de la sanción.

Respecto a lo primero, ha de decirse que la participación de NADOR COTT PROTECTION en el sistema denunciado se materializa a través de **CARPA DORADA**, S.L., recordando que ésta ha mantenido durante todo el período considerado la titularidad en España de los derechos de explotación comercial de la **variedad** de mandarina Nadorcott como consecuencia del contrato suscrito con NADORCOTT PROTECTION S.A.R.L. el 23 de junio de 2003.

No puede admitirse racionalmente que la actora ignorase las conductas relacionadas con el sistema de trazabilidad durante todo el tiempo en que éste ha venido manteniéndose, también desde 2009, debiendo destacar el hecho de que a lo largo del mismo ha conservado los derechos económicos derivados de su titularidad.

Y, en cuanto al porcentaje aplicado sobre el volumen de negocio, entiende la Sala que es ajustado a la tipificación de la conducta como falta muy grave de las previstas en el artículo 62.4.a) así como a la participación de la mercantil recurrente en los hechos que sancionan, de acuerdo con lo hasta ahora razonado, arrojando además como resultado final un importe en modo alguno exorbitante ni desproporcionado. Ello con independencia de la multa impuesta a las otras dos entidades sancionadas cuya participación en los hechos está prolijamente descrita en la resolución recurrida y justificada también la multa que finalmente les fue impuesta.

QUINTO .- No obstante lo anterior, la alegación de la desproporción de la sanción obliga a plantear aquí, como hemos hecho también en la tan reiterada sentencia de 18 de junio de 2015, la cuestión de la incidencia de la doctrina del Tribunal Supremo emanada de la sentencia de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 , y seguida por las de 30 de enero siguiente, recursos 1476/2014 y 2793/2015 , que anularon las sanciones fijadas, como sucede en el presente supuesto, conforme a la Comunicación de 6 de febrero de 2009.

La referida sentencia de 29 de enero de 2015 se pronuncia en los siguientes términos:



"QUINTO.- La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 - denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios").

Esta es una interpretación que seguramente no plantearía problemas desde la perspectiva del derecho nacional si no fuese por la incidencia de un elemento externo -el artículo 23, apartado 2, párrafos segundo y tercero, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en lo sucesivo, Reglamento 1/2003) - al que más tarde haremos referencia. Responde a lo que es usual en las normas sancionadoras administrativas, en las que el legislador fija un intervalo (un espacio entre dos valores, uno máximo y otro mínimo) de las sanciones pecuniarias posibles, bien haciéndolo en términos fijos (multa de 1 euro hasta x euros) bien en términos porcentuales (multa del correspondiente tanto por ciento, desde 0 hasta x, de una determinada magnitud, sea ésta el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada, el contenido económico de la operación de blanqueo de capitales detectada, u otras similares).

Desde esta perspectiva cada uno de los porcentajes máximos establecido por el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, en función de la calificación de la conducta como infracción leve, grave o muy grave, tiene la misma naturaleza, lo que revela -junto con el resto de consideraciones que hacemos- la debilidad del argumento que emplea el Abogado del Estado cuando sostiene que uno de ellos (el diez por ciento) no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones sino como factor de moderación a posteriori, esto es, una vez calculadas éstas. Para el Abogado del Estado aquel porcentaje operaría únicamente como límite extrínseco, como "un umbral máximo que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesta no podrá superar". La finalidad de este límite del diez por ciento sería, a su juicio, la de evitar que "la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito, por cuanto la desaparición de una empresa en cierto sector en nada ayuda a la competencia en el mismo". El argumento del Abogado del Estado, sin embargo, no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales (el uno y el cinco por ciento) pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al uno por ciento del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos. Si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el uno y el cinco por ciento) tienen, en la configuración normativa del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el diez por ciento para las infracciones muy graves, la tesis del Abogado del Estado que acabamos de exponer -y que coincide con la que asume la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE - dicha tesis, decimos, no resulta aceptable.

La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el "importe básico de la sanción" sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes -que pueden ser, obviamente, varias- se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios.

Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción



más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.

El Abogado del Estado defiende, por el contrario, que el límite del diez por ciento actúa únicamente como ulterior "umbral de nivelación" de la sanción ya definida. Con esta expresión (que, por lo demás, no figura en el Reglamento 1/2003 aunque sí en la versión en español de algunas sentencias del Tribunal de Justicia) se quiere identificar lo que hemos denominado "límite extrínseco" aplicable a las sanciones, una vez fijada previamente la cuantía "apropiada" de éstas según el método de cálculo que hace suyo la Comunicación de la Comisión Nacional de Competencia. Dejaremos aparte el hecho de que, en castellano, el término "umbral" no tiene el significado que se emplea en el recurso: umbral es la parte inferior o escalón contrapuesto al dintel, en la puerta o entrada de una casa, o, según su tercera acepción registrada, el "valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado", no un valor máximo. Pero tal límite extrínseco, repetimos, no se contiene en la Ley española aunque sí lo haga en el Reglamento 1/2003.

Incluso si admitiéramos -a efectos dialécticos, pues ya hemos rechazado esta interpretación- que el porcentaje del diez por ciento constituye en la Ley 15/2007 un mero "umbral de nivelación", el problema de la inexistencia de unos valores mínimo y máximo para fijar previamente la multa seguiría subsistiendo. La existencia en nuestro ordenamiento de este tipo de límites ulteriores presupone que las respuestas sancionadoras han sido previamente determinadas, e individualizada la pena, conforme a las reglas legales y las exigencias constitucionales de taxatividad en el derecho punitivo (...).

El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio. El conocimiento de aquellos principios y de las técnicas generales de aplicación de las normas de carácter punitivo se revela, en este contexto, como particularmente necesario. Y, en este mismo sentido, aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, no está de más recordar que las sanciones pecuniarias establecidas -también en el caso de las personas jurídicas- para los delitos tipificados en el tienen igualmente unos máximos y mínimos que predeterminan la extensión de cada una, de modo que los jueces y tribunales han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados para cada delito. La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador.

En un análisis sistemático esta interpretación viene reforzada si atendemos a la coherencia del sistema punitivo en su conjunto. Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son, como resulta lógico, las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo artículo 284.1 sanciona a quienes "empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación". Se trata de conductas contrarias a la libre concurrencia cualificadas por el añadido de la violencia, la amenaza o el engaño. Pues bien, de conformidad con el artículo 288 del Código Penal (EDL 1995/16398), cuando una persona jurídica sea responsable del delito tipificado en el artículo 284 le corresponderá una "multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad" o una "multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos". El sistema de multas-período de tiempo, a su vez, para el caso de las que se pueden imponer a las personas jurídicas tiene como base una cuota diaria con un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros.

Si traemos a colación estas referencias es por corroborar que en el Derecho sancionador español incluso las sanciones pecuniarias que corresponden a las conductas contrarias a la libre concurrencia más graves (las delictivas) tienen previstas en la Ley una escala o intervalo de valores mínimos y máximos dentro del cual se ha de individualizar la respuesta punitiva. Es cierto que en el caso de las personas jurídicas las penas por estos delitos no se limitan a las pecuniarias (atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal, según dispone el artículo 288.2 de éste) pero lo relevante a los efectos que aquí importan es la necesaria -y constante- predeterminación legal de las cifras mínimas y máximas, fijas o porcentuales, dentro de las cuales han de imponerse las multas.

Sexto.- Avanzábamos en el fundamento de derecho precedente que la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 que acogemos es la que "naturalmente" dimana de su tenor y del sentido de las escalas de multas máximas y mínimas, además de tratarse de la seguida en nuestro derecho sancionador tanto administrativo como (a fortiori) penal. El intento -por parte de la Comisión Nacional de Competencia y del Abogado del Estado- de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea,



cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de aquéllas y de los artículos 101 y 102 del TFUE , puede explicar -pero no justifica- que hayan optado por no acoger dicha interpretación y la sustituyan por el empleo del método de cálculo de las multas utilizado por la Comisión Europea para las sanciones pecuniarias que esta institución impone al amparo del Reglamento 1/2003, método de cálculo que la Comisión Nacional de Competencia y el Abogado del Estado parecen entender preceptivo y aplicable directamente por las propias autoridades nacionales españolas.

La premisa de la que parte el Abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto. Basta para ello recordar que la propia Comisión Europea admite cómo la legislación de la Unión Europea en esta materia (por lo que aquí respecta, el tan citado Reglamento 1/2003) no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE , pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los artículos 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que -hasta este momento- no son objeto de una regulación armonizada. Estas afirmaciones responden, por lo demás, a la interpretación consolidada del artículo 5 del Reglamento 1/2003 que ha hecho suya en reiteradas ocasiones la propia Comisión Europea. Por no citar sino uno de los últimos documentos emanados de esta institución, puede leerse en su Comunicación de 2014 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre "Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) nº 1/2003: logros y perspectivas futuras" (documento COM/2014/0453 final) cómo, en palabras de la propia Comisión, "(...) la legislación de la UE no regula ni armoniza las sanciones por incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE", afirmación categórica seguida del recordatorio a los Estados miembros para que "velen por que se disponga de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias".

Siendo ello así, queda enormemente relativizado el esfuerzo argumental que lleva a cabo el Abogado del Estado (y, en cierto modo, también la sentencia de instancia en su decisión mayoritaria y en el voto particular) con la ayuda de citas, más o menos fragmentarias, de sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal General sobre la aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 . Reconocida la capacidad de los Estados miembros para instaurar su propio régimen de medidas en respuesta a las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE , sin que sobre esta materia haya exigencias de armonización, las sanciones "nacionales" no tienen por qué adoptar ni los parámetros ni los porcentajes ni las nociones (entre ellas la de volumen de negocios) que emplea el artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones impuestas por la Comisión.

Tampoco está vinculado el legislador nacional -y, en esa misma medida, el intérprete de las normas internas- por los "métodos de cálculo" diseñados en las "Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003" respecto de las cuales (más propiamente, de sus antecesoras de 1998) ha afirmado el Tribunal de Justicia que "(...) no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del artículo 290 TFUE , apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el artículo 23 del Reglamento nº 1/2003 " (apartado 66 de la sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C-501/11).

Otra cosa es que el legislador nacional, dentro de su legítimo margen de configuración normativa, hubiera decidido adoptar, de modo expreso y reconocido, las mismas pautas de fijación de las sanciones nacionales que figuran, en términos muy elementales, en el artículo 23 del Reglamento 1/2003 (sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad que ello pudiera suponer, a los que inmediatamente nos referiremos). Pese a que en la exposición de motivos de la Ley 15/2007, y con referencia a su título V, existe una alusión a las "tendencias actuales en el ámbito europeo", lo cierto es que la dicción del artículo 63 de la Ley 15/2007 diverge sensiblemente del artículo 23 del Reglamento 1/2003 , hasta el punto de que se implanta en aquél la tipología diferenciada de las diversas infracciones (muy graves, graves o leves) y se asigna a cada una de ellas los intervalos correspondientes en términos de porcentajes del volumen de ventas total de los infractores.



La técnica nacional de determinación de multas aparejadas a cada tipo de infracción se aparta, pues, del sistema unitario con que trata las infracciones el artículo 23 del Reglamento 1/2003, precepto que no distingue entre ellas e introduce un solo elemento o factor cuantitativo (el porcentaje del diez por ciento) indistintamente aplicable a todas con la ya dicha función de salvaguarda final ante efectos punitivos en exceso gravosos. Precisamente porque aquel porcentaje es conceptualizado desde la perspectiva del Reglamento 1/2003 como "umbral de nivelación" ulterior para modular la incidencia negativa de las multas, una vez calculadas, sobre la economía de las empresas infractoras y evitar su desaparición, no resulta aplicable al sistema diseñado por la Ley 15/2007.

Séptimo.- Las consideraciones que acabamos de hacer nos dispensan de afrontar con mayor extensión las delicadas cuestiones que se suscitarían, desde la perspectiva del respeto a las exigencias constitucionales, si pudiera prosperar -que no puede- la interpretación del artículo 63 de la Ley 15/2007 auspiciada por el Abogado del Estado. A ellas se refiere la Sala de instancia con una serie de argumentos que no consideramos necesario repetir pues, insistimos, la interpretación que llevamos a cabo de aquel precepto es la anteriormente expuesta. (...)

Octavo.- Debemos afrontar a continuación las cuestiones que se suscitan en el recurso sobre la interpretación del mismo precepto (artículo 63.1 de la Ley 15/2007) en cuanto contiene la expresión "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Sobre dicha base o volumen se aplican, ya ha quedado expuesto, los porcentajes del uno, el cinco o el diez por ciento para fijar el límite superior de la escala sancionadora según la levedad, gravedad o mayor gravedad de las infracciones, respectivamente. Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora.

La Sala de instancia se plantea el problema interpretativo de "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". Y, atendidos los criterios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y "ámbito de vulneración", concluye 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".

Aun reconociendo que la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable, nuestra interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 está más en la línea del voto discrepante, que hace suya el Abogado del Estado como base de esta segunda parte del recurso de casación. Ello determinará su estimación, limitada a este punto, y la subsiguiente revocación de la sentencia con ese mismo alcance.

Comenzaremos por subrayar que en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar -salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad- los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio Legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de "totalidad".

La utilización de una magnitud como el "volumen de negocios" para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si se aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción). (...)

Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. (...)

La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de



modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.

Se han puesto de relieve en ocasiones ciertas consecuencias "disfuncionales" de esta opción legislativa como serían, entre otras, el suponer un incentivo para la creación artificial de sociedades independientes, limitadas a un único ámbito de actividad, a fin de minimizar el riesgo de sanciones muy elevadas, o, desde la otra perspectiva, un obstáculo indirecto a la creación de grandes conglomerados empresariales que incluyan actividades diversificadas. Pero ni esta objeción ni otras similares que atienden más bien a razones de oportunidad o conveniencia, o a su incidencia en las decisiones de los agentes económicos, bastan para negar la validez de la opción del legislador, cuya expresión en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 estimamos ha de ser interpretada en el sentido que acabamos de exponer.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.

"Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007.

Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la competencia, por un lado, con las derivadas -y también insoslayables- del principio de proporcionalidad, por otro. Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.

A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE, es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados por las autoridades nacionales de los Estados miembros. Pero tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas -en el ámbito del derecho de la competencia que, pese a algunas posturas reduccionistas, no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento sancionador- han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias



decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas. Si, además de esta ecuación, el legislador considera oportuno incrementar el "efecto disuasorio" a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales.

Esta Sala ha declarado (por todas, véanse las sentencias de 6 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005 , recursos de casación 9710/1997 y 4777/2002 , respectivamente) que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos se encuentra el de que "(...) la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989 (tampoco explícitamente en la Ley 15/2007), puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992 " .

Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada, a los términos de la ecuación "beneficio esperado" menor al "coste de la sanción", añada, decimos, el factor de la probabilidad en la detección de las conductas infractoras. En todo caso, con o sin este último factor, corresponde a la ley -y no a quien la ejecuta o la interpreta- establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico. Ello justifica que determinadas leyes prevean que el castigo pecuniario a las infracciones en ellas contempladas, cuando la sanción deba calcularse en función de los beneficios obtenidos con la conducta, se concrete en multas que oscilan desde el monto del beneficio al duplo, el triple u otros múltiplos de aquél.

No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007 , que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea".

Este criterio ha sido reiterado de manera constante en posteriores sentencia del Tribunal Supremo que han abordado la cuestión y así, entre las más recientes, en la de 8 de junio de 2015, recurso de casación núm. 1763/2014 .

Por todo ello, y puesto que en el caso aquí analizado el importe de la multa se ha fijado aplicando la Comunicación de 6 de febrero de 2009 y en consecuencia a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho, procede la estimación parcial del recurso en el sentido de anular la sanción de multa impuesta, disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, con la precisión de que su cuantificación deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.



SEXTO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

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

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 28 de Octubre de 2015 doy fe.