Roj: **STS 236/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:236**

Id Cendoj: **28079130032015100025**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **3**
Fecha: **30/01/2015**
Nº de Recurso: **1580/2013**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1217/2013,**
AAAN 56/2013,
STS 236/2015

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil quince.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº **1580/2013** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y por la entidad BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2013 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 540/2010 . Se han personado como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT, cada una de ellas respecto del recurso formulado de contrario, así como ZOILO RUIS MATEOS, S.L, representada por el Procurador D. Jesús Jenaro Tejada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 540/2010) en cuya parte dispositiva, tal y como quedó redactada según "auto de aclaración" de 10 de abril de 2013, se establece:

<< FALLAMOS.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 28 de julio de 2010 expediente NUM000 Vinos Finos de Jerez y en consecuencia se anula exclusivamente en la cuantía de la multa que acuerda imponer a BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT (2.300.000 euros) que deberá ser sustituida por el importe equivalente al 7% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB de dicha sociedad en el ejercicio 2009. No se hace condena en costas>>.

SEGUNDO.- Según explica el fundamento primero de la referida sentencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó resolución con fecha 28 de julio de 2010 (expediente NUM000 Vinos Finos de Jerez). En la parte dispositiva establece

<< PRIMERO: Declarar que Complejo Bodeguero Bellavista, SLU y Zoilo Ruiz Mateos, SL, Bodegas González Byass, SA, Bodegas José Estevez, SA, Bodegas Williams & Humbert, SA, Bodegas Emilio Lustau, SA, Bodegas Barbadillo, SL, Caydsa, DIRECCION000 . C. B., Bodegas Pedro Romero, Federación de Bodegas del Marco de Jerez y Consejo Regulador de las Ddo «Jerez-Xérès-Sherry» «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda» han incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC (RCL 2007 , 1302) y del artículo 101 del TFUE (RCL 1999, 1205 ter), por haber contribuido con su comportamiento a la creación de un cártel que se llevó a cabo

en la comercialización del vino de Jerez, con la extensión, duración y responsabilidad, para cada uno de los interesados establecida en el Fundamento de Derecho Undécimo de esta Resolución.

SEGUNDO: Imponer las siguientes sanciones:

- A Bodegas Williams & Humbert, SA, dos millones trescientos mil euros (2.300.000 €).

- A la Federación de Bodegas del Marco de Jerez, cuatrocientos mil euros (400.000 euros).

- Al Consejo Regulador De las Ddo. «Jerez-Xérès-Sherry» «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda», doscientos mil euros (200.000 €).

CUARTO: Intimar a Complejo Bodeguero Bellavista, SLU y Zoilo Ruiz Mateos, SL, Bodegas González Byass, SA, Bodegas José Estevez, SA, Bodegas Williams & Humbert, SA, Bodegas Emilio Lustau, SA, Bodegas Barbadillo, SL, Caydsa, DIRECCION000 . C. B., Bodegas Pedro Romero, Federación de Bodegas del Marco de Jerez Y Consejo Regulador de las Ddo «Jerez-Xérès-Sherry» «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda» para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

QUINTO: Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución>>.

La fundamentación de la resolución administrativa sancionadora la sintetiza el fundamento segundo de la sentencia, en los siguientes términos:

<< (...) SEGUNDO. El Consejo en el fundamento de derecho quinto valora que las conductas acreditadas en el expediente responden a un acuerdo global propio de un cartel, pudiendo encuadrarse cada una de ellas en alguna de las siguientes conductas:

1) Limitaciones en la producción, mediante restricciones acordadas de oferta, que han limitado el volumen de ventas. Asignación de un cupo a cada empresa y revisiones de dichos cupos. Durante los primeros años los límites a la producción fueron acordados entre las partes integrantes del cártel, sin embargo, durante los años siguientes, los límites a la producción fueron impuestos al resto de operadores presentes en el sector, no sólo en el BOB, mediante las circulares del CR, y que dio lugar al expediente sancionador NUM001 , Consejo Regulador de Denominación de Origen de Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlucar. El reparto se completa mediante mecanismos de compensación entre las empresas cuyas ventas superasen el cupo asignado y las que no alcanzasen dicho cupo.

2) Reparto del mercado. Tras ponerle límite a la producción disponible para ser comercializada, se ha llevado a cabo un reparto de la cantidad mediante reparto de clientes.

3) Fijación de precios mínimos y revisiones de dichos precios.

4) Intercambio de información sobre precios, clientes y cantidades vendidas.

5) Mecanismos de control y seguimiento. En una primera fase el seguimiento se realizaba entre todos en las reuniones que mantenían periódicamente. En la segunda fase se propone un registro de los contratos de suministro, la declaración al CR de los precios de exportación para evitar dumping y la creación de una mesa de coordinación.

El producto objeto de las conductas imputadas son los vinos con denominación de origen Jerez-Xérès-Sherry» y «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda» de suministro exclusivo para la exportación bajo la marca del distribuidor. Se trata de vinos comercializados no con las marcas propias de las bodegas sino con las marcas del distribuidor final que adquiere el producto para comercializarlo en los países de destino principalmente (Alemania, Reino Unido, Bélgica y Holanda). Se denomina a este producto marcas blancas, marcas de distribuidor o productos Buyer own brand (BOB).

Todas estas actuaciones se fueron instrumentando según indica la CNC a lo largo de los más de cien contactos descritos en el antecedente de hecho 6. Los contactos implican a distintas empresas del sector y a dos instituciones sectoriales, FEDEJEREZ y CR. Está acreditado que al menos desde el año 2001 funcionó la denominada mesa BOB que no era sino un cártel formado por las principales empresa bodegueras, WH, GB BARBADILLO, ESTÉVEZ y FERRIS con el propósito de recuperar el nivel de precios de BOB sin perder clientes. Para ese único objetivo fue necesario implementar distintos instrumentos, todos ellos descrito ampliamente por la DI en su PR: limitar la cantidad total que las seis bodegas estaban dispuestas a comercializar, cantidad ligada a la demanda prevista para equilibrar oferta y demanda y evitar una caída de precios; repartirse entres las seis esa "tarta" como ellas mismas la denominan; acordar no ofertar por debajo de un precio de referencia (2.800 ptas. 16.9 € la caja de 9 botellas); crear dos órganos de seguimiento; y comprometerse a compartir cualquier tipo de información relevante con objeto de que " *exista una transparencia total entre las partes* " (HA 6.4). Este acuerdo se habría mantenido sin incidencias significativas hasta finales de 2003 momento

en que comienzan ciertas desavenencias que apuntan a la ruptura final de la mesa. En marzo de 2004 hasta julio de 2005 se inicia un periodo transitorio en que consta la voluntad de seguir trabajando para poder hacer efectivas algunas medidas que se habían propuesto en varias reuniones de la mesa BOB y que se centraron la realización de actuaciones tendentes a conseguir el objetivo de reducir el vino que podía ser comercializado que se concreto en la alteración del artículo 32.1 para permitir que los límites a establecer por el CR no fueran sólo anuales, sino plurianuales, y que los límites a la comercialización no se basaran sólo en existencias sino en las ventas que cada operador hubiese realizado en las campañas anteriores. En los años 2005 *"(HA 6.50, 6.51 y 6.52),* y 2006 *(HA 6.53, 6.54, 6.56, 6.57, 6.58)"* continúan los contactos entre las empresas y el 30 de mayo de 2006 se constituye la "Mesa de Comercialización" donde se definen las condiciones de partida, los objetivos (mantenimiento del statu quo y progresiva revalorización del negocio BOB), las funciones de la mesa y los pasos y el calendario propuesto y celebrándose sucesivas reuniones en los años 2006, 2007 y 2008 en la que se van adoptando diversos acuerdos.

El Consejo de la CNC ha tenido en cuenta para el cálculo de la sanción el volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el segmento de la venta de vinos de Jerez para el mercado BOB, durante el tiempo exacto (años y meses) que cada empresa ha participado en la infracción (en el caso de la recurrente desde mayo de 2001) .Ha fijado la sanción en un 10% del volumen de ventas afectado incrementado en un 5% adicional sobre la facturación de los años 2001, 2002 y 2003 a las cinco empresas integrantes iniciales del cártel, y lo mismo para los años 2002 y 203 en caso de JF " *atendiendo a que los efectos durante la primera parte del cártel son tales que incluso podrían llegar a cuantificarse* ">>.

En el proceso de instancia la demandante solicitaba que se declarase contraria a derecho en su integridad la resolución impugnada "...y, como consecuencia de ello, anuladas todas sus declaraciones e intimaciones, incluida la multa impuesta a mi mandante". Subsidiariamente pedía que se estimase "...la anulación o la reducción sustancial de la multa de 2.300.000 euros impuesta a W&H".

Los argumentos de impugnación que aducía la demandante, según la síntesis que de ellos ofrece el fundamento tercero de la sentencia, eran los siguientes:

<< (...) TERCERO: Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1. En cuanto a los vicios del procedimiento: 1.1) Infracción de los derechos de defensa de W&H al exceder la Dirección de Investigación en la Inspección domiciliaria el objeto establecido en la orden de investigación 1.2) Infracción de los derechos de defensa por deficiente motivación de la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación y de la resolución del Consejo que se recurre 1.3) Infracción del artículo 11.4 del Reglamento Comunitario 1/2003 y 1.4) Caducidad del expediente administrativo.

2. Errónea valoración en cuanto a la existencia de una infracción única y continuada. Ausencia de continuidad entre el primer período y el segundo período: el período intermedio. Prescripción del supuesto acuerdo alcanzado en el denominado "primer período del cartel (2001-enero 2003/ marzo 2004). Inexistencia de acuerdo en el segundo período.

3. Utilización abusiva y tendenciosa de información utilizada en expedientes ya decididos por la CNC. Vulneración del principio non bis in ídem.

4. Ausencia de efectos en el mercado de los supuestos acuerdos.

5. Falta de proporcionalidad en la sanción impuesta.

El fundamento cuarto de la sentencia examina las alegaciones de la demandante relativas vicios del procedimiento, siendo todas ellas desestimadas sin que sobre tales cuestiones se haya suscitado debate en casación.

El argumento en que la demandante cuestiona la existencia de una infracción única y continuada es abordado en los fundamentos quinto y sexto de la sentencia, en los que la Sala de instancia expone, en lo que ahora interesa, las siguientes consideraciones:

<< (...) QUINTO: Considera el recurrente que las conductas sancionadas por el Consejo de la CNC que supuestamente se inician en el año 2001 y finalizan en julio de 2008 no forman parte de una infracción única y continuada a la luz de los requisitos jurisprudenciales desarrollados por el Tribunal Supremo a saber: (i) identidad de sujetos responsables respecto a la pluralidad de actos imputados, (ii) continuidad: acciones suficientemente próximas en el tiempo; y (iii) plan preconcebido o dolo continuado que pueda extenderse a ambas imputaciones respondiendo a un mismo proceso psicológico y material. En este caso considera que no se cumplen estos requisitos ya que

1) No están involucradas el mismo número de bodegas en la primera fase y en la segunda no concurriendo el requisito de identidad subjetiva.

2) Han pasado varios años entre la ruptura de los supuestos acuerdos de noviembre de 2001 y el supuesto nuevo acuerdo restrictivo de 22 de mayo de 2006.

3) No existe un plan preconcebido ni unidad de acción al ser distintas las conductas del primer y segundo periodo.

La jurisprudencia comunitaria ha perfilado el concepto y requisitos para apreciar la existencia de una infracción única y continuada a efectos del derecho de la competencia. La sentencia 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings ltd/Comision), Asunto T-439/07....

[...].

Precisado cuales son los requisitos para la existencia de una infracción única y continuada procede analizar las circunstancias de este caso concreto.

Desde el pliego de concreción de hechos, la CNC ha considerado que el cártel se dividió en varios periodos temporales. Un primer período temporal que se extendería desde mayo/ noviembre de 2001 hasta marzo de 2004, y un segundo período que abarcaría desde mediados de 2005 a julio de 2008 en el que se " revitalizarían " los acuerdos ilícitos del primer período manteniéndose la esencia del cartel desde noviembre de 2001. La CNC vincula ambas etapas con la que denomina *"period o de reflexión"* que se extendería desde marzo de 2004 a mediados de 2005 lo que permite mantener la existencia de una infracción única y continuada.

Considera el recurrente que en el período intermedio o periodo de reflexión no hubo continuidad alguna de las conductas supuestamente ocurridas hasta marzo de 2004 puesto que los únicos contactos que se mantuvieron se refieren a cuestiones distintas al acuerdo que se imputa. El tiempo transcurrido (en todo caso un año) y la ausencia de contactos relacionados con el supuesto objeto de cartel demuestran la inexistencia de infracción única y continuada (inexistencia de vínculo entre el primer y el segundo período).

La CNC justifica la continuación de los supuestos acuerdos iniciales durante el período intermedio marzo de 2004 hasta julio de 2005 en documentos relativos a la revisión del Plan estratégico del sector y la nueva contigentación de los cupos de venta (fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida).

Reconoce el recurrente que ciertamente en este período se producen contactos entre las distintas empresas, pero a diferencia de lo que pretende dar a entender la CNC señala que los mismos no se refieren a productos BOB sino a otras cuestiones...

[...]

No consta efectivamente que en ese período se reuniera la Mesa BOB. De hecho la propia CNC reconoce que " *la documentación sobre las reuniones de 2004 hasta marzo han sido aportados por el solicitante de la reducción de la sanción, GB y su contenido apunta a una intensificación de las desavenencias surgidas entre ellos y su ruptura final"*. Ahora bien esos documentos a que hace referencia la CNC de ese periodo intermedio que se refieren a la revisión del Plan estratégico expresan la voluntad de seguir trabajando para poder hacer efectivas algunas de las medidas que se habían propuesto en varias reuniones de la mesa BOB.

En efecto el año 2001 y 2002 funcionó la mesa BOB formada por las 6 principales empresas bodegueras con el propósito de recuperar el nivel de precios de BOB sin perder clientes. Para ello se adoptaron diversos instrumentos limitar la cantidad total que las seis bodegas estaban dispuestas a comercializar, cantidad ligada a la demanda prevista para equilibrar oferta y demanda y evitar una caída de precios; repartirse entres las seis el mercado BOB; acordar no ofertar por debajo de un precio de referencia (2.800 ptas. 16.9 € la caja de 9 botellas). En el año de 2003 en una reunión que se celebra en la sede del Consejo regulador con la presencia de su Secretario General y de BARBADILLO, WH, FERRIS y ESTEVEZ se constata que no es suficiente limitar la producción del mercado BOB entre los seis que hasta el momento lo hacían, pues al haber mas producción fuera de la mesa y no controlada por ella, ésta producción suponía una presión competitiva tal que estaba entrando en el merado BOB tirando los precios a la baja. Ahora bien, para poder reducir esa presión competitiva había que reducir la cantidad de vino susceptible de ser comercializado y no controlado por la mesa. La forma de hacer dicha reducción para todos los operadores era una circular del Consejo que pusiera límites a lo que cada operador podía comercializar, pues una circular obliga a todos. Esta es una facultad que el reglamento de vino le otorga al CR, en virtud de ella cada año el CR puede establecer el porcentaje que cada operador puede comercializar atendiendo a sus existencias, y en ningún caso el límite podrá ser superior al 40% de las existencias. Ahora bien, eso no era suficiente para restringir la oferta total en el mercado, pues un operador que adquiriese más existencias podría aumentar la cantidad a comercializar, o un operador que comprase vino

embotellado a otra bodega que cumpliese con su asignación también podría aumentar su oferta al mercado, con lo cual ese operador podría seguir ejerciendo una presión competitiva que condujera a menores precios.

En ese período intermedio se realizaron actuaciones tendentes a conseguir ese objetivo de reducir el vino que podía ser comercializado que se concreto en la alteración del artículo 32.1 del Reglamento para permitir que los límites a establecer por el CR no fueran sólo anuales, sino plurianuales, y que los límites a la comercialización no se basaran sólo en existencias sino en las ventas que cada operador hubiese realizado en las campañas anteriores. Por lo tanto aun cuando no se reuniera la Mesa BOB no se puede apreciar que ha finalizado la infracción ya que en ese período se elaboró y consensuó con todos los asociados de FEDEJEREZ una revisión del Plan Estratégico de Jerez en la que se pacto realizar actuaciones para el establecimiento de un cupo sobre ventas. Así lo reconoce el recurrente en el escrito de demanda al indicar que " *el propio título del documento elaborado por FEDEJEREZ muestra distintas preocupaciones del sector y en particular, se refiere nuevamente a la cuestión del los cupos sobre ventas* " (folio 26 de la demanda) y añade que " *El Consejo de la CNC intenta rellenar el período intermedio de ausencia de contactos relativos a los productos BOB con las reuniones que tienen lugar en FEDEJEREZ para tratar cuestiones sectoriales y en concreto, el cupo del artículo 32.1 del Reglamento del CR aduciendo que las mismas son parte del supuesto cartel"* (folio 33).

El recurrente entiende que no puede analizarse en este expediente cuestiones referidas a los cupos porque ya han sido objeto de examen en el expediente NUM001 donde se impuso al Consejo Regulador de Denominación de Origen de Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar una sanción por *"Aprobar y aplicar los acuerdos de fechas 30 de mayo de 2006, 30 de enero de 2007 y 4 de diciembre de 2007 basados en cupos sobre ventas históricas de cada bodega de esta denominación de origen que restringen la competencia entre bodegas y limitan la libertad comercial, sin motivación fundada en la calidad e identidad del producto y, por lo tanto si el debido amparo legal"*.

La CNC reconoce que los cupos que ahora vincula a las conductas enjuiciadas en este expediente son los mismos que aquellos que fueron objeto de sanción en la referida resolución. La consecuencia que extrae de ello la CNC es que el Consejo Regulador sólo le imputa la infracción analizada en este expediente hasta junio de 2006 al entender que ya ha sido sancionado por su conducta más allá de esa fecha.

Discrepamos de la postura del recurrente y consideramos que la CNC sí puede incluir los acuerdos sobre cupos como una de las conductas que integran la infracción única y continuada que considera cometida por las empresas sancionadas. Ello por las siguientes razones:

1) El establecimiento del cupo sobre ventas no es una conducta independiente y aislada sino de un instrumento nuevo al servicio de los mismos interesados y el mismo fin consistente en la limitación de la oferta con el fin de incrementar los precios del producto BOB. El cártel tuvo en su primera etapa un instrumento, la mesa BOB formado por una serie de elementos: limitación del mercado BOB, reparto de los cupos, precios mínimos, y compensación, que resultaron útiles para el objetivo que perseguían. Y la prueba de su éxito, el incremento de precios en el BOB, fue que otros productores no presentes en ese mercado se vieron atraídos por el ante la subida de precios que se estaba observando. Y ese fue precisamente la causa de su desestabilización, porque los nuevos oferentes en este mercado comenzaron a ofertar bajando precios para poder entrar en dicho mercado, lo cual supuso que los miembros del cártel comenzaran a perder parte de su negocio y se plantearan los incumplimientos que tuvieron lugar en 2004. No obstante de esa situación el cártel obtuvo una importante lección, tenían que controlar la producción total, no solo la de los miembros del cártel, pues en caso contrario sin ese control de la producción no podían controlar los precios. Eso les llevó a diseñar nuevos instrumentos que controlen toda la producción, con el objetivo de siempre. Así surge la idea del cupo discriminando de ventas en función no de las existencias, sino de las ventas. Por tanto se cumple el requisito exigido en la jurisprudencia comunitaria ya que esos comportamientos *"presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas está destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único"*. (Apartado 144 de la sentencia del TGUE de 27 de junio de 2012 Coats Holding).

2) No se ha vulnerado el principio *non bis in idem* . Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea Caso Arkema France/Comisión. Sentencia de 17 mayo 2011...

[...].

En este caso no se cumplen los requisitos de triple identidad ya que los sujetos infractores son distintos (en este caso distintas empresas del sector y dos instituciones sectoriales FEDEJEREZ y el Consejo Regulador) y en la resolución la CNC de 4 de junio de 2009 el único sujeto imputado fue el Consejo Regulador que fue finalmente sancionado (no se dirigió el procedimiento a otros sujetos). La conducta sancionada también es distinta (un cartel en este recurso integrado por una pluralidad de conductas que integran una infracción única y continuada) y en la resolución de la CNC de 4 de junio de 2009 expediente se sancionó al CR por aprobar y

aplicar los acuerdos de fechas 30 de mayo de 2006, 30 de enero de 2007 y 4 de diciembre de 2007 basados en cupos sobre ventas históricas de cada bodega de esta denominación de origen. Por lo tanto nada impide que se pueda incoar, tramitar y sancionar a los operadores económicos que han participado en el cartel, habiendo la CNC limitado la responsabilidad del Consejo Regulador hasta junio de 2006 al entender que ya ha sido sancionado por su conducta más allá de esa fecha.

SEXTO: El recurrente sitúa como fecha final de ese período intermedio el 22 de mayo de 2006 dado que no existe antes reuniones entre las bodegas para establecer un acuerdo en relación con los productos BOB. Ahora bien el propio recurrente reconoce en el escrito de demanda que "asimismo durante el denominado "período de reflexión" las pruebas del expediente muestran que no existieron otros contactos que los relativos a reuniones sectoriales en el Consejo Regulador con el fin de exponer al Consejo Regulador criterios para modificar el artículo 32.1 de su Reglamento" (folio 30 de la demanda). Por otra parte la resolución recurrida señala que "los contactos entre Fedejerez y las distintas empresas tratando el tema del cupo, de la mesa BOB, o de la necesaria información sobre cada empresa para poder elaborar los cupos discriminados se suceden durante todo el 2005 (HA 6.50, 6.51 y 6.52), durante el 2006 (HA 6.53, 6.54, 6.56, 6.57, 6.58,...). Con este trabajo de base, en el que se introduce el concepto «pacto entre caballeros» se llega a la primavera de 2006 en la que tras varias reuniones se constituye, el 30 de mayo de 2006 (HA 6.70) la "Mesa de Comercialización" donde se definen las condiciones de partida, los objetivos (mantenimiento del statu quo y progresiva revalorización del negocio BOB), las funciones de la mesa y los pasos y el calendario propuesto. "

Efectivamente hasta el 30 de mayo de 2006 no se constituye Mesa de Comercialización pero ello no significa que en el período anterior no se realizaran otras conductas con el mismo objetivo y que integran la infracción continuada, referidas principalmente al establecimiento del cupo sobre ventas que era un requisito para que la adopción de acuerdos en relación a los productos BOB pudiera llevarse a cabo. Por lo tanto no se aprecia que haya habido una interrupción en la infracción cometida ni durante el periodo intermedio que fija la Comisión (marzo 2004 hasta julio 2005) ni el más amplio que fija el recurrente (marzo 2004 hasta 30 de mayo de 2006).

En cuanto al período final, señala el recurrente que una lectura objetiva de los hechos demuestra que ninguno de los contactos o reuniones recogidos a partir de 2006 dieron lugar a acuerdo alguno entre W&H y el resto de las bodegas ya que se trata de actuaciones unilaterales y conversaciones que nunca llegaron a fructificar en ningún acuerdo. No comparte esta Sala este razonamiento ya que como consta en el expediente el 30 de mayo de 2006 se constituye la "Mesa de Comercialización" donde se definen las condiciones de partida, los objetivos (mantenimiento del statu quo y progresiva revalorización del negocio BOB), las funciones de la mesa y los pasos y el calendario propuesto celebrándose sucesivas reuniones en los años 2006, 2007 y 2008 en la que se van adoptando diversos acuerdos. En todo caso como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 junio 2011 en el asunto T-240/07, Heineken Nederlan *(45) Puede apreciarse la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, cuando haya una concordancia de voluntades sobre el principio mismo de la restricción de la competencia y aunque los elementos concretos de la restricción planeada se estén aún negociando (véase, en este sentido, la sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el anterior apartado 44, apartados 151 a 157 y 206)"*

Hace referencia a la falta de efectos, pero ello en su caso será relevante para cuantificar el importe de la sanción pero no para determinar la existencia de la conducta anticompetitiva teniendo en cuenta que se trata de un infracción por objeto, de un cartel referido a la comercialización de los vinos de Jerez referidos a fijación de precios y reparto de mercado [...]>>.

En cuanto a la sanción impuesta, la demandante aducía -según resume el fundamento séptimo de la sentencia- los siguientes argumentos de impugnación:

<< (...) 1) La aplicación de la Comunicación sobre cuantificación de las sanciones supone una clara vulneración del principio de legalidad y de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras menos favorables.

2) Ausencia de motivación respecto del cálculo de la sanción y de los criterios previstos en el artículo 64 para la determinación del importe de la sanción.

3) Ausencia de consideración de las circunstancias atenuantes (crisis estructural del sector, deficitaria situación económica de W&H, principio de confianza legítima y ausencia de culpabilidad en contexto jurídico incierto).

4) Vulneración de los principios de proporcionalidad y no discriminación al importe a W&H una multa muy superior a las impuestas a las demás empresas bodegueras sancionadas teniendo varias de estas una facturación similar>>.

Los tres primeros son examinados, y desestimados, en los fundamentos octavo a décimo de la sentencia.

El argumento relativo a la (falta de) proporcionalidad de la sanción y a la cuantía de ésta es abordado en los fundamentos decimoprimero y decimosegundo de la sentencia. Y, como resultado de las consideraciones que allí se exponen la sentencia ahora recurrida -junto al auto de aclaración dictado con posterioridad- termina estimado en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Bodegas Williams & Humbert y anulando la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010 exclusivamente en la cuantía de la multa, acordando que la sanción impuesta a la recurrente (2.300.000 euros) "...deberá ser sustituida por el importe equivalente al 7% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB de dicha sociedad en el ejercicio 2009".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, prepararon recurso de casación contra ella las representaciones procesales de la entidad Bodegas Williams & Humbert y de la Administración del Estado, siendo luego formalizada la interposición de ambos recursos mediante escritos presentados el 6 de junio y el 17 de julio de 2013, respectivamente.

CUARTO.- En el recurso de Bodegas Williams & Humbert se formulan tres motivos de casación, todos ellos al amparo del artículos 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Infracción de los artículos 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y 25 de la Constitución y, así como de la jurisprudencia representada por SsTS de así como de la jurisprudencia representada por SsTS de 14 de julio de 1998 , 18 de marzo de 2005 , 3 de abril de 2005 y 25 de noviembre de 2008 . Según la recurrente, la sentencia vulnera el principio de culpabilidad al no haber apreciado que en el contexto normativo en el que se desarrollaron las conductas que fueron objeto del expediente, y, en particular, la modificación del Reglamento de las Denominaciones de Origen "Jerez-Xeres-Zherry" y "Manzanilla-Sanlúcar de Barrameda" por Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 (que modifica la anterior Orden de 2 de mayo de 1977), el Consejo Regulador desarrolló un papel activo que contribuyó a reforzar la apariencia de legalidad de las actuaciones que se desarrollaban en su seno, lo que excluye la culpabilidad en la conducta de la recurrente,

2.- Infracción del artículo 4.6 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , por haber apreciado la sentencia la existencia de una infracción continuada.

3.- Infracción de los artículos 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y 25 de la Constitución , así como de la jurisprudencia representada por SsTS de 24 de noviembre de 1987 , 23 de octubre de 1989 , 14 de mayo de 1990 , 25 de septiembre de 2003 y 11 de julio de 2005 . La recurrente aduce que aunque se aceptase -a efectos puramente dialécticos- la existencia de una infracción continuada, la sentencia no justifica la cuantificación de la sanción en el importe equivalente al 7% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB, pues la sentencia no explica por qué ese porcentaje y no otro, resultando con ello vulnerado el principio de proporcionalidad en la fijación de la sanción.

Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se dite sentencia anulando la resolución sancionadora, o, subsidiariamente, se declare procedente la reducción de la cuantía de la sanción al porcentaje mínimo del 1%, o, en todo caso, a un porcentaje inferior al fijado por la sentencia.

QUINTO.- En el recurso de la Administración del Estado se pide la integración de hechos (artículo 88.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción) de manera que quede incorporado un hecho que no es negado en la sentencia, aunque ésta no lo recoge de manera explícita, y que aparece recogido en el punto 6 del apartado "hechos acreditados" de la resolución administrativa impugnada, que consiste en la afirmación de que la modificación del Reglamento de la Denominación de Origen producida como consecuencia de la Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 se llevó a cabo a instancias de las empresas autoras de la conducta sancionada, y en particular, de la aquí recurrente, a través del Consejo Regulador de la denominación de origen.

Tras esa petición de integración de hechos, en el recurso de la Administración del Estado se formulan tres motivos de casación, el primero al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y los dos restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley .

El motivo primero sería inadmitido por auto de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2014 al que seguidamente nos referiremos.

Los motivos de casación tienen, en resumen, el siguiente contenido:

1.- Inadmitido.

2.- Infracción de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , aduciendo la Administración recurrente que la sentencia de instancia aprecia indebidamente la concurrencia de una circunstancia atenuante.

3.- Infracción del artículo 10 de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y del artículo 63 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , cuya vulneración se produce al revisar la sentencia la cuantificación de la sanción. Aduce el Abogado del Estado que tanto desde un criterio literal o semántico como aplicando una interpretación sistemática se deduce que el artículo 63.1 Ley de Defensa de la Competencia no está fijando un arco sancionador sino un límite, y que éste tiene por base el volumen de negocios total de la empresa y no el correspondiente al mercado afectado por la infracción.

El escrito del Abogado del Estado termina solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se dite sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo y confirmando la resolución administrativa sancionadora.

SEXTO.- Mediante auto de la Sección Primera de esta Sala de 22 de mayo de 2014 se acordó la admisión de ambos recursos de casación salvo el motivo primero del recurso de la Administración del Estado, que fue inadmitido. En el mismo auto se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

SÉPTIMO.- La Abogacía del Estado formalizó su oposición al recurso interpuesto por la mercantil recurrente mediante escrito presentado el 15 de julio de 2014 en el que, tras exponer las razones en las que sustenta su oposición a los motivos formulados de contrario, termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación de Bodegas Williams & Humbert, con imposición a ésta del pago de las costas procesales.

Por su parte, la representación de Bodegas Williams & Humbert presentó escrito con fecha 5 de septiembre de 2014 en el que, en primer lugar, plantea la inadmisibilidad del recurso de la Administración del Estado, por carecer manifiestamente de fundamento, así como, en particular, la inadmisibilidad del motivo segundo, porque mediante la incorporación de hechos que se solicita al amparo del artículo 88.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción se introduce un motivo nuevo que no fue anunciado en el escrito de preparación del recurso. Por lo demás, la representación de Bodegas Williams & Humbert expone en su escrito las razones de su oposición a los motivos de casación; y termina solicitando que se dicte sentencia que inadmita, o, en su defecto, desestime el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, con imposición de las costas a dicha parte recurrente.

La representación de Zoilo Ruiz Mateos, S.L., personada como parte recurrida, no presentó escrito alguno en el plazo señalado al efecto, por lo que mediante diligencia de ordenación de 15 de septiembre de 2014 se declaró caducado respecto de dicha entidad el trámite de oposición.

OCTAVO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 20 de enero de 2015, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En las presentes actuaciones (casación nº **1580/2013**) se examinan de manera conjunta los recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado y por Bodegas Williams & Humbert contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 540/2010) -seguida de auto de aclaración de 10 de abril de 2013- en la que, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida entidad mercantil contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010 (expediente NUM000 Vinos Finos de Jerez), se anula la resolución si bien "...exclusivamente en la cuantía de la multa que acuerda imponer a Bodegas Williams & Humbert (2.300.000 euros) que deberá ser sustituida por el importe equivalente al 7% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB de dicha sociedad en el ejercicio 2009"

En el antecedente segundo han quedado reseñadas, de forma sintetizada, las cuestiones que fueron debatidas en el proceso de instancia. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación que han formulado ambos recurrentes en sus respectivos escritos, cuyo contenido hemos resumido en los antecedentes cuarto y quinto. Pero antes debemos pronunciarnos sobre las causas de inadmisión que ha planteado la representación de Bodegas Williams & Humbert.

SEGUNDO.- Como hemos visto en el antecedente séptimo, la representación de Bodegas Williams & Humbert, en su escrito de oposición, plantea la inadmisibilidad del recurso de la Administración del Estado, por carecer manifiestamente de fundamento, así como la inadmisibilidad del motivo segundo, porque mediante la incorporación o integración de hechos que se solicita al amparo del artículo 88.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción se introduce un motivo nuevo que no fue anunciado en el escrito de preparación del recurso.

Debe ser rechazada la pretensión de que se inadmita en su totalidad el recurso de la Administración del Estado "por carecer manifiestamente de fundamento", pues el hecho de que el primero de los motivos de casación formulados en ese recurso fuese inadmitido por auto de la Sección Primera de esta Sala de 22 de mayo de 2014 (véase el antecedente sexto) no permite afirmar que el recurso en su conjunto carezca manifiestamente de fundamento, reproche éste que la representación de la recurrida formula de forma genérica y sin la debida fundamentación.

Sí procede, en cambio, la inadmisión del motivo de casación segundo, en el que la Administración del Estado aduce que la sentencia de instancia ha apreciado indebidamente la concurrencia de una circunstancia atenuante; alegato que se formula a partir del dato -sobre el que pide que se integren los hechos de la sentencia- de que la modificación del Reglamento de la Denominación de Origen introducida por la Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 se llevó a cabo a instancias de las empresas autoras de la conducta sancionada, y en particular, de la aquí recurrente, a través del Consejo Regulador de la denominación de origen.

Por lo pronto, la integración de hechos que se postula sería en todo caso innecesaria -y, por tanto, improcedente- pues la propia sentencia recurrida deja señalado que la modificación del Reglamento de la Denominación de Origen había sido promovida por el Consejo Regulador, y, por tanto, por las mismas empresas cuya conducta, junto a la del propio Consejo, era objeto de examen en el procedimiento sancionador.

Pero, aparte de esta puntualización, sucede que la atenuante apreciada en la sentencia no aparece cuestionada, ni mencionada siquiera, en el escrito de preparación del recurso, donde, por tanto, no se anunciaba ningún motivo de casación sobre esta cuestión. Por ello, el motivo de casación donde la Administración del Estado pretende suscitar ahora el debate sobre la atenuante carece de toda viabilidad, aunque dado el momento procesal en que nos encontramos nuestro pronunciamiento no será de inadmisión sino de desestimación. Ello sin perjuicio de que, desde una perspectiva distinta y aun contraria a la de la Administración del Estado, habremos referirnos a la atenuación de la responsabilidad al abordar el primer motivo de casación de la entidad mercantil recurrente. Veamos.

TERCERO.- En el motivo de casación primero del recurso de Bodegas Williams & Humbert se alega la infracción de los artículos 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y 25 de la Constitución y, así como de la jurisprudencia representada por SsTS de así como de la jurisprudencia representada por SsTS de 14 de julio de 1998 , 18 de marzo de 2005 , 3 de abril de 2005 y 25 de noviembre de 2008 . Según la recurrente, la sentencia vulnera el principio de culpabilidad al no haber apreciado que en el contexto normativo en el que se desarrollaron las conductas que fueron objeto del expediente, y, en particular, con las modificaciones del Reglamento de las Denominaciones de Origen "Jerez-Xeres-Zherry" y "Manzanilla-Sanlúcar de Barrameda" por Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 (que modifica la anterior Orden de 2 de mayo de 1977), el Consejo Regulador desarrolló un papel activo que contribuyó a reforzar la apariencia de legalidad de las actuaciones que se desarrollaban en su seno, lo que excluye la culpabilidad en la conducta de la recurrente.

El motivo así formulado debe ser desestimado.

De ninguna manera ha quedado justificado que el "contexto normativo" al que alude la representación de Bodegas Williams & Humbert deba llevar a excluir la responsabilidad por las conductas que fueron objeto del expediente. Como explica el fundamento décimo de la sentencia recurrida, << ... únicamente a partir de febrero de 2007 y como consecuencia de la aprobación de la orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 (Boletín Oficial Junta de Andalucía de 27 de marzo de 2007) de modificación del Reglamento de la Denominación de Origen, puede afirmarse que la Junta de Andalucía a través de su Consejería de Agricultura contribuyó a dar apariencia de legalidad a las conductas referidas exclusivamente a la fijación de un cupo sobre ventas>>. Por tanto, las conductas objeto del expediente sólo contarían con ese elemento parcialmente exculpatorio a partir de la modificación del Reglamento por la citada Orden de 19 de febrero de 2007.

Pero, sobre todo, tal cobertura normativa únicamente opera en lo que se refiere a la fijación de un cupo sobre ventas, no así en cuanto a los demás aspectos de la conducta infractora como son los relativos al reparto del mercado, fijación de precios mínimos y revisiones de dichos precios, intercambio de información sobre

precios, clientes y cantidades vendidas, y, en fin, articulación de mecanismos de control y seguimiento para la efectividad de los acuerdos.

De este modo queda justificado el pronunciamiento de la Audiencia Nacional que, negando que exista una ausencia de culpabilidad que deba llevar a anular, estima procedente, sin embargo, una reducción del importe de la sanción.

CUARTO.- En el motivo segundo de su recurso la representación de Bodegas Williams & Humbert alega la infracción del artículo 4.6 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , por haber apreciado la sentencia la existencia de una infracción continuada.

El motivo no puede ser acogido.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñados los fundamentos quinto y sexto de la sentencia recurrida, donde, como hemos visto, la Sala de instancia expone con algún detenimiento los datos fácticos en los que se sustenta la conclusión de que nos encontramos ante una infracción continuada. Allí la Sala de instancia corrobora la apreciación de la Comisión Nacional de la Competencia cuando señala que

<< (...) el cártel se dividió en varios periodos temporales. Un primer período temporal que se extendería desde mayo/noviembre de 2001 hasta marzo de 2004, y un segundo período que abarcaría desde mediados de 2005 a julio de 2008 en el que se " revitalizarían " los acuerdos ilícitos del primer período manteniéndose la esencia del cartel desde noviembre de 2001. La CNC vincula ambas etapas con la que denomina *"period* o *de reflexión"* que se extendería desde marzo de 2004 a mediados de 2005 lo que permite mantener la existencia de una infracción única y continuada>>.

Según explica más adelante la sentencia, en el proceso de instancia la demandante aducía que en el período intermedio o periodo de reflexión no hubo continuidad alguna de las conductas supuestamente ocurridas hasta marzo de 2004, puesto que los únicos contactos que se mantuvieron en ese período se refieren a cuestiones distintas al acuerdo que se imputa; y que el tiempo transcurrido (en todo caso un año) y la ausencia de contactos relacionados con el supuesto objeto de cartel demuestran la inexistencia de infracción única y continuada, esto es, la inexistencia de vínculo entre el primer y el segundo período.

Frente a esas alegaciones de la demandante, la sentencia recurrida asume el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia, que "...justifica la continuación de los supuestos acuerdos iniciales durante el período intermedio marzo de 2004 hasta julio de 2005 en documentos relativos a la revisión del Plan estratégico del sector y la nueva contigentación de los cupos de venta". Y frente a la objeción que oponía la demandante de que no pueden incorporarse a este expediente cuestiones referidas a los cupos porque éstos ya habían sido objeto de examen en el expediente NUM001 , donde se impuso una sanción al Consejo Regulador de Denominación de Origen de Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar, la Sala de instancia responde que la Comisión Nacional de la Competencia sí puede incluir los acuerdos sobre cupos como una de las conductas que integran la infracción única y continuada que se imputa a las empresas; y ello por las siguientes razones: 1) El establecimiento del cupo sobre ventas no es una conducta independiente y aislada sino de un instrumento nuevo al servicio de los mismos interesados y el mismo fin consistente en la limitación de la oferta con el fin de incrementar los precios del producto BOB. 2) No se ha vulnerado el principio *non bis in idem* porque en este caso no se cumplen los requisitos de triple identidad ya que los sujetos infractores son distintos (en este caso distintas empresas del sector y dos instituciones sectoriales Fedejerez y el Consejo Regulador mientras que en la resolución sancionadora de 4 de junio de 2009 el único sujeto imputado y sancionado fue el Consejo Regulador, pues no se dirigió el procedimiento a otros sujetos); y la conducta sancionada también es distinta (en el caso presente un cartel o integrado por una pluralidad de conductas que integran una infracción única y continuada mientras que en la resolución de 4 de junio de 2009 expediente se sancionó al Consejo Regulador por aprobar y aplicar diversos acuerdos basados en cupos sobre ventas históricas de cada bodega de esta denominación de origen). Por tanto, nada impide que se pueda sancionar ahora a los operadores económicos que han participado en el cartel, habiendo la Comisión Nacional de la Competencia limitado la responsabilidad del Consejo Regulador hasta junio de 2006 al entender que ya había sido sancionado por su conducta más allá de esa fecha.

Estas consideraciones de la Sala de instancia que acabamos de resumir -su exposición completa puede verse en los fundamentos quinto y sexto de la sentencia que hemos dejado transcritos en el antecedente segundo- no han sido desvirtuadas en casación, pues la recurrente no hace sino abundar en los mismos argumentos que aducía en el proceso de instancia; y, desde luego, los datos fácticos en los que la sentencia recurrida basa sus conclusión no pueden ser revisados en casación.

QUINTO.- Por razones de sistemática, el último de los motivos que formula la representación de Bodegas Williams & Humbert (motivo tercero de su escrito), dado que viene referido a la cuantificación de la sanción y la vulneración del principio de proporcionalidad, lo examinaremos más adelante, después de abordar las cuestiones planteadas en el motivo tercero del recurso de la Administración del Estado.

SEXTO.- En cuanto al recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, habiendo sido inadmitido el motivo primero por auto de la Sección Primera de esta Sala de 22 de mayo de 2014 (véase antecedente sexto) y habiéndose declarado asimismo inadmisible el motivo segundo (véase fundamento segundo de esta sentencia), queda únicamente por examinar el motivo de casación tercero.

En ese motivo tercero se alega la infracción del artículo 10 de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y del artículo 63 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , cuya vulneración se produce al revisar la sentencia la cuantificación de la sanción; y ello, aduce el Abogado del Estado, porque tanto desde un criterio literal o semántico como aplicando una interpretación sistemática se deduce que el artículo 63.1 Ley de Defensa de la Competencia no está fijando un arco sancionador sino un límite, y que éste tiene por base el volumen de negocios total de la empresa y no el correspondiente al mercado afectado por la infracción.

Pues bien, habiendo planteado el Abogado del Estado la misma cuestión en otros recursos de casación formulados en términos sustancialmente iguales, cuando no idénticos, no procede sino reproducir aquí las consideraciones expuestas, al resolver el primero de esos recursos, en **sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013)** . Los fundamentos quinto a noveno de esa sentencia tienen el siguiente contenido:

<< (...) 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. Por poner un ejemplo fácilmente comprensible, las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de éstos. Y sólo después, en ciertos casos, la Ley fija un "límite máximo" excepcional, o cláusula de cierre, de "cumplimiento efectivo", de modo que condenas válidamente impuestas, según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente "limitadas" (artículo 76 del Código Penal) a sólo cuarenta, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción.

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 Código Penal 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 , 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 conceptuado 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.

Basta a estos efectos recordar que las garantías constitucionales (artículo 25.1) respecto de la predeterminación de las sanciones administrativas en términos taxativos harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley, y a tales efectos, un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. Un sistema que no fijase aquella escala y sólo contuviese una previsión para después atemperar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales.

En fin, aun cuando se admitiera una cierta colaboración reglamentaria (artículo 129.3 de la Ley 30/1992) para "introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de [...] sanciones establecidas legalmente", que

contribuyan "a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes", los reglamentos no podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla. Y de modo específico en el caso de las sanciones en materia de defensa de la competencia el Reglamento aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, simplemente no contiene preceptos aplicables a ellas, sin que tampoco se hayan atribuido a la Comisión Nacional de Competencia potestades reglamentarias en la materia, careciendo de esta naturaleza y de carácter vinculante *ad extra* sus comunicaciones.

En la versión originaria del artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , (derogada por la hoy vigente) se establecían "multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal". Se fijaba de este modo un límite máximo de la escala o intervalo sancionador, dentro del cual el importe de las sanciones pecuniarias debía ser concretado atendiendo a la importancia de la infracción según los factores precisados en el apartado 2 del precepto.

Dado que los criterios de graduación venían referidos en la Ley 16/1989 a una escala que tenía como límite superior aquella cantidad y porcentaje, esta Sala del Tribunal Supremo pudo rechazar el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad que se nos había solicitado respecto del artículo 10 de la Ley 16/1989 y sentar la doctrina que figura en las sentencias de 8 de marzo de 2002 (recurso de casación número), 6 de marzo de 2003 (recurso de casación número 9710/1997) y ulteriores, doctrina, por cierto, corroborada por la sentencia constitucional 175/2012, de 15 de octubre de 2012, recaída en el recurso de amparo interpuesto frente a una de aquéllas (la de 3 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación número 3073/2006). No es correcto aducir las referidas sentencias como si de ellas se pudiese validar la tesis favorable al carácter de "umbral de nivelación" del porcentaje del diez por ciento.

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).

El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular *a priori* la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. A la "situación económica del culpable" se refieren asimismo los artículos 50 y 52 del Código Penal a los efectos de la imposición de las multas. Y en cuanto factor de cálculo es también utilizado en otros sectores del derecho administrativo sancionador, como es el caso de ciertas infracciones tributarias (aun cuando atemperado por unos topes máximos adicionales, por ejemplo en el artículo 203 de la Ley General Tributaria que sanciona determinados comportamientos de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria con "multa pecuniaria proporcional de hasta el dos por ciento de la cifra de negocios del sujeto infractor en el año natural anterior a aquél en que se produjo la infracción, con un mínimo de 10.000 euros y un máximo de 400.000 euros").

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. De hecho, en algún precedente significativo el propio legislador cambió la norma sectorial sancionadora para pasar, intencionadamente, de uno a otro: el artículo 82.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) fijaba como importe de la sanción pecuniaria para las infracciones muy graves "el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio". Dicho artículo fue derogado por la nueva Ley 32/2003 cuyo artículo 56.1.a) precisamente modificó el cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, cifra sobre la que se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción, atendiendo desde entonces a los ingresos obtenidos por la entidad infractora tan sólo "en la rama de actividad afectada".

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.

NOVENO.- 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 concurrencia, 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 elogiable 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.

SÉPTIMO.- Desde una perspectiva contraria a la de la Administración del Estado, también se refiere a la cuantificación de la sanción el motivo de casación tercero del recurso interpuesto de Bodegas Williams & Humbert, S.A., que alega la vulneración del principio de proporcionalidad,

En efecto, en ese motivo la entidad mercantil recurrente alega la infracción de los artículos 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y 25 de la Constitución , así como de la jurisprudencia representada por SsTS de 24 de noviembre de 1987 , 23 de octubre de 1989 , 14 de mayo de 1990 , 25 de septiembre de 2003 y 11 de julio de 2005 . La recurrente aduce que aunque se aceptase a efectos dialécticos la existencia de una infracción continuada, la sentencia no justifica la cuantificación de la sanción en el importe equivalente al 7% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB, pues la Sala de instancia no explica por qué ese porcentaje y no otro, resultando con ello vulnerado el principio de proporcionalidad en la fijación de la sanción.

El motivo no resultaría viable -procedería su inadmisión- si entendiésemos que lo que se quiere denunciar es un defecto de motivación de la sentencia, pues de ser así el cauce adecuado habría sido un motivo de casación formulado al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción dado que la infracción de las normas reguladoras de la sentencia no puede ser denunciada en un motivo de casación que, como éste que ahora nos ocupa, ha sido formulado por la vía del artículo 88.1.d/ de la citada Ley .

Sin embargo, entendamos que el núcleo del motivo de casación consiste en el reproche que se hace a la sentencia por la vulneración del principio de proporcionalidad en la fijación de la sanción, alegato éste que sí encuentra acomodo en el cauce procesal elegido para la formulación del motivo.

Pues bien, las razones que, al examinar el motivo tercero del recurso interpuesto por la Administración del Estado, hemos dejado recogidas en el apartado anterior [tomándolas de la fundamentación de nuestra sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013)] ponen de manifiesto que los criterios de cuantificación aplicados en la resolución administrativa sancionadora no son respetuosos con los criterios de proporcionalidad que deben presidir el ejercicio de la actividad administrativa sancionadora. Pero si la decisión de la Sala de instancia debe ser corregida, como propugna el Abogado del Estado, en cuanto la sentencia reconduce la expresión legal "volumen total de negocios" (artículo 63.1 de la Ley 15/2007), mutándola en la parte dispositiva de la sentencia por la de "volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB", el pronunciamiento de la Sala de instancia también debe ser corregido en cuanto cifra la multa "en el importe equivalente al 7% del volumen de ventas..." sin dar explicación satisfactoria sobre la razón de ser de ese porcentaje. Por ello, debe ser también acogido el motivo de casación formulado por la representación de Bodegas Williams & Humbert, S.A.

OCTAVO.- Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores llevan a concluir que procede estimar el motivo tercero del recurso del Abogado del Estado y el motivo tercero del recurso de Bodegas Williams & Humbert, S.A., en los que ambos recurrentes censuran, desde perspectivas distintas y aun contrarias, los criterios aplicados para la cuantificación de la sanción.

La estimación del recurso de casación en esos términos conduce a que debamos resolver "lo que corresponda dentro de los límites en que apareciera planteado el debate" (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción). Pues bien, debemos confirmar la anulación de la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la multa, pues la resolución administrativa la cuantifica a partir de un método de cálculo no ajustado derecho. Pero no compartimos la interpretación reductora que la Sala de instancia ha hecho de la expresión "volumen total de negocios" inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 ; y tampoco compartimos los criterios que han llevado a la sentencia de instancia a cifrar la multa en "...el importe equivalente al 7% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB de dicha sociedad en el ejercicio 2009", toda vez

que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia.

Por tanto, procede reiterar el fallo de instancia en cuanto anula la cuantía de la multa; pero ese pronunciamiento anulatorio debe completarse ordenando a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de Bodegas Williams & Humbert, S.A. en el año 2009, precisando que la cuantificación de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en el fundamento sexto de esta sentencia

NOVENO.- De conformidad con lo dispuestos en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción ,

FALLAMOS

1.- Ha lugar al recurso de casación nº **1580/2013** interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y de BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 540/2010), que ahora queda anulada y sin efecto en lo que se refiere a la interpretación que en ella se hace de la expresión "volumen de negocios" inserta en el artículo 63.1 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia y a la cuantificación de la sanción.

2.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT, S.A contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010 (expediente NUM000 Vinos Finos de Jerez) y anulamos la referida resolución en cuanto se refiere a la cuantía de la multa que acuerda imponer a la recurrente (2.300.000 euros), ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de Bodegas Williams & Humbert, S.A en año 2009, con la precisión de que la cuantificación de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en el fundamento sexto de esta sentencia.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Manuel Campos Sanchez-Bordona Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech **PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ