



Roj: **STS 508/2015 - ECLI:ES:TS:2015:508**

Id Cendoj: **28079130032015100043**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/02/2015**

Nº de Recurso: **1531/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1113/2013,**
STS 508/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil quince.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de Casación número 1531/13, interpuesto por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón en representación de GONZÁLEZ BYASS SA (GB), y el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, contra la Sentencia de fecha 7 de marzo de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 535/10 , sobre sanción. Se han personado como recurridos la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón en representación de GONZÁLEZ BYASS SA (GB); y el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, cada una de ellas respecto del recurso formulado de contrario; y el Procurador D.Jesús Maria Jenaro Tejada en representación del COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA SL Y Fermín .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 535/10, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por la González Byass SA, contra resolución de 28 de julio de 2010, que la sanciona con una multa de 870.000 euros, como responsable de una infracción del art. 1 LDC y art. 101 TFJU (Expdte. NUM000 VINOS FINOS DE JEREZ).

En la mencionada resolución de 28 de julio, se adoptaron los siguientes acuerdos:

<< PRIMERO.- Declarar que COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA SLU Y ZOILO RUIZ MATEOS SL, BODEGAS GONZÁLEZ BYASS SA, BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ SA, BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT SA, BODEGAS EMILIO LUSTAU SA, BODEGAS BARBADILLO SL, CAYDSA, BODEGAS J.FERRIS M.C.B., BODEGAS PEDRO ROMERO, FEDERACIÓN DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ Y CONSEJO REGULADOR DE LAS DDOO "JEREZ-XÉREX-SHERRY" "MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA" han incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , 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 GONZÁLEZ BYASS SA, ochocientos setenta mil euros (870.000 ?)

-A BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ SA, un millón doscientos cincuenta mil euros (1.250.000 ?)

-A BODEGAS WILLIAMS &HUMBERT SA; dos millones trescientos mil euros (2.300.000?)



- A BODEGAS EMILIO LUSTAU SA, cuatrocientos mil euros (400.000?)
- A BODEGAS BARBADILLO SL, novecientos mil euros (900.000?)
- A CAYDSA, veintiocho mil euros (28.000?)
- A BODEGAS J. FERRIS M.C.B. Ciento treinta y cinco mil euros (135.000?)
- A BODEGAS PEDRO ROMERO, doscientos cuarenta mil euros (240.000?)
- A LA FEDERACIÓN DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ, cuatrocientos mil euros (400.000?)
- AL CONSEJO REGULADOR DE LAS DDO "JEREZ-XÉREZ-SHERRY" "MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA", doscientos mil euros (200.000?)

TERCERO.- Intimar a COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA SLU Y ZOILO RUIZ MATEOS SL, BODEGAS GONZÁLEZ BYASS SA, BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ SA, BODEGAS WILLIAMS & HUBERT SA, BODEGAS EMILIO LUSTAU SA, BODEGAS BARBADILLO SL, CAYDSA, BODEGAS J. FERRIS M.CB, BODEGAS PEDRO ROMERO, FEDERACIÓN DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ Y CONSEJO REGULADOR DE LAS DDO "JEREZ-XÉRES-SHERRY" "MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA" para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

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

SEGUNDO.- La mencionada Sala dictó Sentencia de fecha 7 de marzo de 2013 cuya parte dispositiva dice textualmente:

<< Que debemos ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de GONZÁLEZ BYASS SA contra el Acuerdo dictado el día 28 de julio de 2010 de la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, por ser conforme a derecho excepto en el extremo relativo al importe de la multa impuesta, que deberá ser concretada por la Comisión Nacional de la Competencia en el importe equivalente al 5% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB en el ejercicio 2009. Sin efectuar condena al pago de las costas. >>

TERCERO.- Contra la referida sentencia, González Byass SA y la Administración del Estado prepararon recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. Las mencionadas recurrentes se personaron en tiempo y forma y formularon los siguientes motivos de casación.

González Byass SA :

Primero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992 LPAC en concordancia con el art.44.2 de la misma Ley , y los arts.36.1 , 37 y 38 Ley de Defensa de la Competencia , y arts 12 y 28 del RDC, al desestimarse la caducidad del expediente administrativo en que se dictó la resolución de 28 de julio de 2010 y en consecuencia desestimarse la declaración de nulidad de pleno derecho de la misma por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello conforme a la interpretación jurisprudencial en esta materia.

Segundo.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del artículo 1 y la Disposición Adicional 4ª de la LDC y el artículo 101 del TFUE , en relación con el art. 129 LPAC , así como del art. 68 LDC y la jurisprudencia que los interpreta.

Tercero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por entender que la sentencia impugnada vulnera los arts.218.2 y concordantes de la LEC , así como el art. 24 CE , en cuanto a la apreciación y valoración de la prueba, y la jurisprudencia que interpreta dichos preceptos.

Cuarto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción de los arts.130 LPAC y 25 CE , en conexión con el art.3.1 LPAC y la jurisprudencia que los interpreta.

Quinto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del art. 65 de la misma y el art. 52 del RDC, así como del art. 24 CE y la jurisprudencia que los interpreta.

Sexto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, toda vez que la sentencia impugnada vulnera el art. 24.1 CE -Derecho a la tutela judicial efectiva-, en conexión con el art. 120.3 de dicho texto constitucional, así como el art. 218.2 LEC y la jurisprudencia que interpreta dichos preceptos, al incurrir en arbitrariedad y falta de motivación.

Y termina suplicando a la Sala estime el recurso dictando sentencia por la que, declare haber lugar al mismo y casando la Sentencia recurrida, se dicte otra por la que se estime íntegramente la demanda del recurso interpuesto en instancia.



La Administración del Estado :

Primero.- Al amparo del art. 88.1.c) LJCA , por incongruencia de la sentencia y haber provocado indefensión, quebrando las normas del proceso, sin que haya podido denunciarse el defecto. Con infracción del art. 33, apartados 1 y 2 , 65.2 LJCA . La sentencia resuelve sobre en base a una cuestión no planteada, cual es el límite máximo de la sanción.

Segundo.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del art. 64.3.d) de la Ley 15/2007 , por apreciarse la concurrencia de una circunstancia atenuante indebidamente (atenuante de colaboración)

Tercero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del art.64 y 66 de la Ley 15/2007 , por darse un alcance a la concurrencia de una circunstancia atenuante, superior a la atenuante cualificada de colaboración (atenuante de confianza legítima).

Cuarto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , por limitarse el importe máximo de la sanción al 10% del volumen de ventas de la actividad del infractor en el sector económico en el que se produce la infracción, y no sobre el total del volumen de ventas.

Termina suplicando se dicte sentencia que estimando el primer motivo se case la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al momento en que se produjo el defecto, y subsidiariamente, se case la sentencia anulándola, y en su lugar se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido.

La Sala por Auto de 9 de enero de 2014, acordó:

<< PRIMERO.- No acceder a la solicitud de inadmisión del recurso propuesta por la representación de GONZÁLEZ BYASS SA.

SEGUNDO.- Admitir los recursos de casación interpuestos por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO y por la representación de la entidad GONZÁLEZ BYASS SA contra la sentencia de 7 de marzo de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso número 535/2010 ; y para su substanciación, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos.

TERCERO.- Imponer las costas de este incidente a GONZÁLEZ BYASS SA, declarándose que la cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos por la parte recurrente, Abogacía del Estado es de 1.000 euros. >>

CUARTO.- Dado traslado para oposición, la Administración del Estado, en su escrito de 19 de marzo de 2014, tras las alegaciones que consideró oportunas, suplicó a la Sala acuerde la desestimación del recurso de casación de González Byass SA, condenándolo a pagar las costas procesales.

La representación procesal de González Byass SA, por su parte formulo oposición al recurso de casación de la Administración del Estado, mediante escrito de 20 de marzo de 2014, en el que solicitó se dicte sentencia por la que: (i) se inadmita el tercer motivo de casación, al no haber sido preparado previamente, o subsidiariamente se desestime dicho motivo; (ii) se inadmitan el Primer y Cuarto Motivos de casación interpuestos de contrario por ser excluyentes entre sí y subsidiario el Cuarto respecto del Primero, o subsidiariamente se desestimen ambos motivos; (iii) se desestime el Segundo Motivo de casación Segundo interpuesto de contrario; y, (iv) en todo caso, se confirme la Sentencia de Instancia en cuanto se refiere a los pronunciamientos recurridos por la Abogacía del Estado con expresa imposición de costas a la recurrente en casación.

QUINTO.- Se señalo para votación y fallo el día 20 de enero de 2015, continuando la deliberación el día 28 de enero, en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excmá. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia que es objeto del presente recurso de casación, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 7 de marzo de 2013 , en el recurso número 535/2010, estima en parte el recurso contencioso administrativo deducido por la sociedad mercantil "González Byass S.A" contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010, exclusivamente en la cuantía de la multa.

Esta resolución impuso a "González Byass SA" una sanción de 870.000 Euros como autora responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea (TFJU). En síntesis, a juicio del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, la empresa recurrente habría incurrido en la infracción de los aludidos



preceptos por haber contribuido con su comportamiento a la creación de un cartel que se llevó a cabo en la comercialización del vino de Jerez.

La Sala de instancia estima en parte el recurso contencioso deducido por "González Byass SA" contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia antes reseñada. La estimación parcial del recurso se acuerda, por un lado, por la apreciación de la circunstancia atenuante de "confianza legítima" y la reducción de la multa por cooperación con la Comisión Nacional de la Competencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia. Por otra parte, se incluyen en la Sentencia una serie de consideraciones sobre el máximo de la cuantía de la multa en el fundamento jurídico sexto en el que se concluye que el porcentaje señalado del 5% ha de calcularse sobre el volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB.

En la parte dispositiva de la Sentencia se declara que la multa a imponer a González Byass "deberá ser concretada por la Comisión Nacional de la Competencia en el importe equivalente al 5% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB en el ejercicio 2009".

SEGUNDO. - El recurso de casación interpuesto por la mercantil "González Byass, SA" se articula en seis motivos acogidos todos ellos, salvo el último, al cauce del apartado 1. d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional. El sexto motivo del recurso se formula al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional y en él denuncia la quiebra de las normas reguladoras de la Sentencia.

Por razones de lógica procesal procede resolver de forma preferente el motivo de casación sexto en el que se denuncia la vulneración del art. 24.1 CE (Derecho a la tutela judicial efectiva), en conexión con el art. 120.3 de dicho texto constitucional, así como el art. 218.2 LEC y la jurisprudencia que interpreta dichos preceptos, al incurrir la Sentencia en arbitrariedad y falta de motivación.

Sostiene la mercantil recurrente que la Sentencia incurre en una motivación arbitraria y contradictoria, pues al valorar los hechos probados del denominado "período de reflexión" considera, por un lado, que la fijación de cupos sobre los vinos de Jerez por parte del Consejo Regulador fue el nexo de unión entre la primera mesa y el intento de constitución de la infructuosa segunda mesa y, a su vez, entiende que la sociedad recurrente debe beneficiarse (parcialmente) del principio de confianza legítima en la actuación de la Administración Autonómica y por la intervención del Consejo Regulador de Vinos de Jerez. Por ello -continúa la parte- la Sentencia afirma una cosa y la contraria, e incurre en una evidente contradicción en su motivación, resultando ilógica y arbitraria, lo que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional equivale a la total ausencia de motivación y a la infracción del artículo 24.1 CE.

El motivo no puede ser acogido puesto que no existe en la Sentencia una contradicción o ausencia de motivación que otorgue al fallo el carácter de decisión arbitraria.

La Sentencia de instancia incluye una larga relación de hechos probados en la que, por lo que aquí importa, debe destacarse lo señalado en relación al llamado "período de reflexión" respecto al que la Sala advierte que durante el mismo por la recurrente y otras sociedades se pactaron las actuaciones a realizar para establecer el cupo de ventas de los vinos. A continuación, en el quinto de los fundamentos de derecho razona la Sala sobre la existencia de una circunstancia atenuante de la responsabilidad derivada de la intervención del Consejo Regulador y de la Administración Autonómica y sobre la confianza legítima en la legalidad de dicha actuación.

Pues bien, partiendo de lo declarado en los fundamentos comparados, el Tribunal concluye por un lado, que existió una infracción continuada, y por otro, que la intencionalidad resultaba parcialmente afectada por la confianza legítima en la legalidad de la actuación, con las consecuencias que extrae en la modulación de la cuantía de la sanción.

No existe, por tanto, arbitrariedad en la Sentencia impugnada, en la que se exponen las razones de su pronunciamiento, ni contradicción entre los fundamentos de derecho indicados, que se refieren, uno, a la intervención del Consejo Regulador y de la Administración en el Período de reflexión, a los efectos de la continuidad de la infracción, y otro, a las consecuencias sobre la culpabilidad de la apariencia de legalidad generada por la actuación de dichos entes, que determina una atenuación de la responsabilidad de González Byass.

En el motivo la recurrente pone en relación ambos fundamentos y de su contraste deduce su contradicción, sin añadir ningún razonamiento adicional que fundamente su alegación. Y de la sola comparación de los fundamentos que se propone, como hemos indicado, no se desprende su incompatibilidad argumental ni la incoherencia en las que se sustenta el motivo, que no puede ser acogido.

TERCERO. -En el primer motivo de casación, formulado por el cauce del apartado d) del artículo 88.1 LJCA, sostiene la sociedad recurrente que la Sala ha vulnerado el artículo 62.1.e) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre



de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) en relación con el artículo 44.2 de la misma ley y de los artículos 36.1, 37 y 38 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículos 12 y 28 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por RD. 261/2008 de 22 de febrero (RDC), así como de la jurisprudencia que los interpreta.

La misma tesis que ahora se reitera en casación fue sostenida en la instancia y rechazada por la Sala de la Audiencia Nacional en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia objeto de recurso por las siguientes razones:

<< [...] Con carácter previo es preciso examinar la alegación de la actora relativa a la caducidad del procedimiento, por haber transcurrido en exceso el plazo de caducidad establecido en dieciocho meses máximo, pues, a juicio de la actora, debe computarse todo el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar la incoación del procedimiento hasta que le fue notificada la resolución, menos los días de suspensión del plazo correspondiente.

Las fechas relevantes son las siguientes:

- Día 15 de julio de 2008, incoación del expediente.*
- Día 4 de mayo de 2009 suspensión del plazo por la interposición de un recurso administrativo por una de las partes.*
- Día 27 de mayo de 2009, reanudación del plazo, por lo que deben restarse del total 23 días.*
- Día 18 de junio de 2009, nueva suspensión con motivo de la solicitud de informe preceptivo a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.*
- Día 24 de julio de 2009, fin de la suspensión y reanudación del plazo, por lo que deben restarse del total otros 37 días.*
- Día 23 de octubre de 2009, suspensión del plazo para la realización de pruebas complementarias.*
- Día 9 de marzo de 2010 fin de la suspensión y reanudación del plazo, por lo que deben restarse otros 137 días.*

La suma de estos plazos coloca como fecha en la que finaliza el plazo máximo para la tramitación del expediente el día 29 de julio de 2010, que fue precisamente la fecha en la que le fue notificada la resolución que ponía fin a dicho expediente. El artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008 establece que "En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso. >>

Frente a los razonamientos que expone el Tribunal de instancia para rechazar que hubiese caducidad, el primer motivo de casación sostiene que la Sala realiza una apreciación incorrecta de las fechas clave en el procedimiento. A partir de esta premisa construye su tesis la sociedad recurrente para defender que el procedimiento sancionador, incluyendo en él el tiempo correspondiente a las sucesivas suspensiones, habría sobrepasado el plazo máximo de tramitación previsto en la ley, de 18 meses y, por lo tanto, habría caducado.

En el desarrollo argumental del motivo aduce que la caducidad se "produjo en todo caso un día antes de la fecha en la que fue notificada la resolución que puso fin al expediente, esto es, 28 de julio de 2010, si bien "el último día de caducidad declarado por la Comisión Nacional de la Competencia" conforme exige el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por RD. 261/2008 de 22 de febrero, "fue el 13 de marzo de 2010, muy anterior a la notificación de la resolución impugnada". Argumenta por otra parte que el acuerdo de incoación del expediente se adoptó el 15 de julio de 2008 y que el plazo inicialmente fijado para dictar y notificar la resolución vencía el día 15 de enero de 2010, 18 meses después de la incoación. Sin embargo, a lo largo de la tramitación del expediente la Comisión suspendió el cómputo del plazo en tres ocasiones, la primera, en la que se señalaba nuevo plazo máximo para resolver el 6 de febrero de 2010; una segunda suspensión, que señala el nuevo plazo para resolver el 13 de marzo de 2010 y finalmente, un tercer acuerdo de suspensión del procedimiento, el 23 de octubre de 2009, que se reanudó mediante acuerdo de 10 de marzo de 2010 en el que no se indicó la nueva fecha máxima para la resolución del procedimiento. La Sentencia considera que el plazo final para resolver el procedimiento vencía el 29 de julio de 2010 precisamente el día en el que se notificó la resolución sancionadora dictada el 28 anterior, y por esta razón la Sala no aprecia la caducidad del expediente administrativo, cuando del correcto cómputo del mencionado plazo -continúa la recurrente- resulta que el último día para dictar y notificar la resolución era el 28 de julio de 2010, esto es, un día anterior al que tuvo lugar la notificación de la resolución sancionadora.

Pues bien, las fechas relevantes tomadas en consideración por la Sala que responden a lo acontecido en la tramitación del expediente, se consignan en el tercero de los fundamentos jurídicos son: a) la fecha de



incoación del expediente, el 15 de julio de 2008; b) el 4 de mayo de 2009 fecha de la primera suspensión y 27 de mayo, de la reanudación; c) 18 de junio, en el que se solicita el informe a la Agencia de Defensa de la Competencia en Andalucía y 24 de julio, de nueva reanudación; y d) el 23 de octubre de 2009, de suspensión del plazo para la realización de pruebas complementarias hasta el 9 de marzo de 2010, con el fin de la suspensión y reanudación del plazo.

En el motivo, la recurrente no indica ningún concreto error en el cómputo del mencionado plazo, limitándose a afirmar, a partir de la indicación realizada por la Administración, que concluía el día 28 de julio de 2010. La Sentencia impugnada desestima la alegación de caducidad en atención a los períodos de tramitación del expediente sancionador con los descuentos correspondientes a los períodos de suspensión que, en lo que aquí importa, no presenta ningún error material. Existen ciertamente una serie de suspensiones del procedimiento cuya sucesión y duración hemos expuesto y que considera la Sala. La propia Sentencia considera como *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de 18 meses la fecha de incoación del procedimiento sancionador, restando del mismo los períodos correspondientes a la suspensión de la tramitación, explicitando las operaciones de cálculo realizadas en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia, en el que, ya hemos dicho, no se evidencia ninguna equivocación que permita considerar que el plazo expiró un día antes de lo declarado.

Tampoco presenta relevancia el dato que señala el recurrente relativo a que en la segunda suspensión se fijó el 13 de marzo de 2010 como fecha límite del plazo máximo para resolver el expediente sancionador, toda vez que la Sala toma en consideración los días reales de tramitación y suspensión del expediente y aún cuando en la tercera suspensión no se indicó la nueva fecha máxima, es lo cierto que el silencio de la resolución en orden a la determinación del nuevo plazo no resulta relevante, pues en todo caso rige el criterio legal que contempla el máximo del procedimiento en 18 meses (para dictar y notificar la resolución, artículo 36.1 LDC), plazo que como hemos indicado, y atendiendo a las fechas reales del expediente se ha observado en este supuesto.

De manera que no cabe acoger la tesis de la sociedad recurrente sobre la caducidad del expediente sancionador, habida cuenta de que entre el comienzo de las actuaciones hasta que se notifica la resolución sancionadora, no ha transcurrido el plazo establecido. No advertimos error alguno en el cómputo de las fechas que resultan determinantes, por lo que se revela razonable la respuesta judicial de entender que no se ha excedido el plazo de caducidad. De lo expuesto, se deduce que la Sala de instancia no infringe los invocados artículos, y el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo de casación se plantea al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y en él se denuncia la infracción del artículo 1.1 y la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101 TFJUE en relación al artículo 129 LPAC, así como del artículo 68 de la LDC y la jurisprudencia que los interpreta <<al vulnerar la Sentencia recurrida las normas aplicables a la prescripción de la infracción imputada, por entender, erróneamente, que la infracción es única y continuada y ello a pesar de que, desde el mes de marzo de 2004, no concurrían los elementos del tipo infractor en la conducta de González Byass.>>

La sociedad mercantil recurrente sostiene, en síntesis, que en la resolución sancionadora la Comisión Nacional de la Competencia distingue tres distintos períodos en la conducta imputada a la recurrente: un primer período (Primera Mesa", hasta marzo de 2004), al mismo sigue un Período de Reflexión -en relación a las empresas de la "Primera Mesa"- y un tercer período que comprende desde mediados de 2005 hasta julio de 2008, en el que algunas de las empresas del sector intentaron incluir una "Segunda Mesa" del BOB sin que las negociaciones tuvieran éxito.

Considera que no existe continuidad en la conducta realizada por "González Byass" durante dichos períodos, de modo que aún cuando apreciándose la conducta desarrollada durante la Primera Mesa del BOB pudiera reputarse como infracción, la misma habría prescrito. Argumenta que no puede admitirse que durante el Período de Reflexión se mantuviera el acuerdo secreto, por cuanto las conversaciones sectoriales que tuvieron lugar entre las bodegas sobre la necesidad de modificar el tradicional mecanismo de cupo de ventas aplicables a todos los vinos de Jerez se hizo públicamente en el seno del Consejo Regulador y culminan con la modificación del artículo 32.1 del Reglamento del Consejo Regulador por Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 7 de marzo de 2007. Por consiguiente, -en la tesis de la recurrente- no puede considerarse que dicho Período de Reflexión constituya un acuerdo secreto susceptible de calificarse como cártel, y durante tal etapa no concurren los elementos esenciales del tipo infractor imputado siendo así que la Sentencia vulnera el principio de tipicidad. La conducta infractora, pues, se consumó o finalizó con la Primera Mesa por cuanto con posterioridad no puede apreciarse en tanto que las conversaciones del sector BOB fueron públicas con participación del Consejo Regulador y en consecuencia, dichas infracciones habrían prescrito al tiempo de



iniciarse el expediente sancionador (julio 2008) toda vez que desde la finalización de la Primera Mesa en el año 2004, habrían transcurrido los cuatro años que establece el artículo 68 de la Ley de Defensa de la Competencia .

El motivo será desestimado por las mismas razones que hemos expuesto en la Sentencia de 30 de enero de 2015 dictada en el recurso de casación 1580/2013 , deducido por Bodegas Williams & Humbert SA, en el que invocado el artículo 4.6 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 3 de agosto , aquella sociedad negaba la existencia de una infracción continuada en la conducta considerada en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia.

A) En primer lugar, porque al igual que manifestamos en nuestra Sentencia de 30 de enero de 2015 , -frente al motivo casacional análogo- la recurrente parte de un presupuesto fáctico distinto del que contiene la Sentencia impugnada. Los hechos sobre los que se sustenta la tesis de la demanda divergen de los que el Tribunal de instancia ha tenido como probados, lo que impide acoger el planteamiento argumental de la recurrente. No es revisable ya en casación la afirmación de la Sala de instancia en orden a que durante el período de reflexión y durante la segunda mesa existieron asimismo conductas dirigidas a conseguir el objetivo de reducir el vino que podía ser comercializado por parte de "González Byass S.A. que se concretan , según la sala , en la alteración del artículo 32.1 para permitir que <<los límites a establecer por el Consejo Regulador no fueran solo 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 aún cuando no se reuniera la Mesa BOB no se puede apreciar que finalizó o se interrumpió la conducta infractora, pues como se ha razonado más arriba, durante el período de "interrupción" fue cuando se elaboró y consensuó con todos los asociados de FEDEJEREZ una revisión del Plan Estratégico de Jerez, pactando las actuaciones a realizar para establecer un cupo de ventas>> (Fundamento Jurídico 5 de la Sentencia impugnada).

En el fundamento jurídico quinto de la Sentencia impugnada se describen los datos fácticos de los que la Sala deduce que estamos ante una infracción continuada, confirmando el criterio de la Comisión Nacional de la Competencia. Las consideraciones de la Sala que se exponen en el aludido fundamento jurídico son los siguientes:

<< [...] Dadas las circunstancias que concurren en este concreto supuesto, y que en la resolución de la CNC se reconoce la existencia de dos periodos en el cártel, desde mayo/noviembre de 2001 hasta marzo de 2004 el primero y desde mediados de 2005 hasta julio de 2008 el segundo, separados por un periodo de reflexión, es preciso comprobar si, como sostiene la recurrente, la interrupción fue total. En ese caso, la conducta que tuvo lugar en los años 2005 a 2008 sería un acuerdo antijurídico diferente, con la consecuencia de que las conductas anteriores no podrían ser sancionadas por haber prescrito la infracción.

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 contingentación de los cupos de venta (fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida).

Durante este periodo tienen lugar contactos entre distintas empresas del sector litigioso, que son reconocidos por la empresa actora, si bien, a diferencia de lo que concluye la CNC, González Byass sostienen que no se refieren en ningún caso a los productos BOB sino que las reuniones y contactos giran alrededor de otros temas.

Las empresas se reúnen con ocasión de la revisión del Plan Estratégico del sector, cuyo objetivo central desde los años 80 fue intentar adecuar la oferta del sector a la demanda; (ii) la revisión del Reglamento del Consejo Regulador con el fin de su adaptación a la Ley de la Viña y el Vino 24/2003 a partir del 2003; y (iii) dentro del citado contexto de revisión del Reglamento del Consejo Regulador, la revisión del artículo 32.1 del mismo y el establecimiento de los cupos de venta sobre existencias. Todas ellas serían cuestiones ajenas a las que interesan en este expediente y que "en todo caso, ya habrían sido objeto de la resolución del Consejo de la CNC de fecha 9 de junio de 2009".

Los documentos que se refieren a la revisión del Plan estratégico en ese período son cuatro:

- 1) el denominado *Propuesta del sector productor para revisión plan estratégico del marco de Jerez (diciembre 2004)*,
- 2) *Acta de la Junta Directiva del Grupo Caballero*,
- 3) *documento denominado "Revisión Plan estratégico Fedejerez NOV 2004" y*
- 4) *Plan estratégico de reconducción julio 2004.*

Esos documentos no se reproducen en el pliego de concreción de hechos ni en la propuesta de resolución, sólo se enumeran como nota 31 al apartado (188) indicando que "hay que señalar que en ese período se fraguan los acuerdos de revisión del Plan Estratégico del sector y la nueva contingentación de los cupos de venta" y el



siguiente apartado del pliego de cargos hace un salto hasta julio de 2005 (189). La resolución de la CNC analiza más detenidamente ese período intermedio y recoge explícitamente fragmentos de esos documentos (hechos probados 6.38 a 6.43). Examinados esos documentos en los mismos se hace referencia a cuestiones del plan estratégico que son irrelevantes para este recurso pero igualmente se tratan otras que sí que lo son en concreto:

1) El documento denominado "Plan estratégico de reconducción" julio 2004 localizado en González Byass se hace referencia al cupo de ventas diferenciado por bodega "cupo: media de venta de las dos últimas campañas, durante todo el plan hasta ajustarse al cupo final del 40% (año 2008-2010), subir BOB a precios del 2003 para llegar a 3000 ptas./caja en 3 años."

2) El documento denominado "Revisión Plan estratégico Fedejerez NOV 2004" (hecho probado 6.40). Se trata de una presentación firmada por FEDEJEREZ con objetivos y medidas a tomar "reordenar O y D en el mercado "medidas que eviten la especulación comercial"... "congelar las ventas por bodega. Cupo 40%. Regular art. 32 existencias". A este documento hacen referencia otros documentos encontrados en la sedes de González Byass y LUSTAU :

a) correo electrónico interno de 1 de diciembre de 2004 (hecho probado 6.43) obtenido en la Inspección a LUSTAU y que se refiere a ese documento y se indica que ha sido elaborado y consensuado con todos los asociados. Con el título " punto 2º del Consejo 29/11/2004" se indica: "A continuación paso información sobre acuerdo consensuado en FEDEJEREZ sobre "Revisión Plan estratégico Jerez" "FEDEJEREZ ha elaborado y consensuado con todos sus asociados una revisión del Plan Estratégico de Jerez, que básicamente consiste en: 1. Contingentación cupo de ventas por firma, con las excepciones siguientes solicitadas por nosotros: a. no limitación a negocio de marca b. no limitación para clientela institucional BOB de cada firma c. no opción a incremento de BOB además se regulará el artículo 32.1 del vigente Reglamento, limitando las salidas totales de cada firma, entre cupo propio y cupo adquirido a otras bodegas, al 40% de las existencias al comienzo de cada campaña..". El resto de los apartados se refieren a ajustes estructurales no considerados en este expediente, como son el arranque de viñedo, el precio de la uva, y la promoción del producto.

b) Documento reconversión PE localizado en la sede de González Byass que aporta una serie de comentarios al documento anterior elaborado por FEDEJEREZ y cuyos puntos relevantes en lo que interesa a este recurso son estos: "Separación de marcas y BOB... Esto dificultaría un acuerdo global. No parece fácil ni siquiera conveniente abrir un frente interno en Bodegas. Número de campañas a tener en cuenta y papel de las existencias en la fórmula final. Este punto hay que llevarlo conjunta y directamente con CS del CR".

No consta que en ese período se reuniera la Mesa BOB y 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.

Durante los años 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 como 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 entre las seis el mercado BOB; y acordar no ofertar por debajo de un precio de referencia (2.800 ptas. 16.9 ? la caja de 9 botellas).

En el año 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 mercado BOB tirando los precios a la baja. Para poder frenar 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 Consejo Regulador: cada año el Consejo Regulador tiene la facultad de establecer el porcentaje que cada operador puede comercializar atendiendo a sus existencias, sin que el límite pueda ser superior al 40% de las existencias. El problema es que este instrumento se reveló insuficiente para lograr restringir la oferta total en el mercado, ya que un operador que adquiriese más existencias podría aumentar la cantidad a comercializar, o un operador que comprase vino embotellado a otra bodega que cumpliera con su asignación también podría aumentar su oferta al mercado, con la consecuencia de que 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, concretándose en la alteración del artículo 32.1 para permitir que los límites a establecer por el Consejo Regulador 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 finalizó o se interrumpió la conducta infractora, pues como se ha razonado más arriba, durante el periodo de "interrupción" fue cuando se elaboró y consensuó con todos los asociados de FEDEJEREZ una revisión del Plan Estratégico de Jerez, pactando las actuaciones a realizar para establecer un cupo de ventas.

Las cuestiones relativas a los cupos fueron 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. Como consecuencia de este hecho, al Consejo Regulador sólo le imputa la infracción analizada en este expediente hasta junio de 2006 por haber sido ya sancionado por su conducta más allá de esa fecha.

La Sala entiende 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, porque el establecimiento del cupo sobre ventas no es una conducta independiente y aislada sino 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. 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, lo que a su vez provocó la desestabilización del mercado. Los nuevos operadores iniciaron su actividad para lograr cuota de mercado bajando los precios, con la consecuencia de que los miembros del cártel comenzaran a perder parte de su negocio y se originaran los incumplimientos que tuvieron lugar en 2004.

En estas circunstancias, el cártel se dio cuenta de que no bastaba con controlar la producción de los miembros del cártel, sino que tenía que controlar la producción total para poder controlar los precios.

Con este fundamento se diseñan nuevos instrumentos para controlar toda la producción, y se organiza el cupo discriminado de ventas.

La jurisprudencia comunitaria ha establecido que para valorar las conductas debe tenerse en cuenta si "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 Tribunal General de 7 de junio de 2012 Coats Holding).

La inclusión de estas conductas en este expediente en relación con la parte actora no constituye una vulneración del principio non bis in ídem, comprendido en las garantías que comporta el principio de legalidad reconocido en el artículo 25 CE. El artículo 133 LRJPAC establece que "No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento".

La Administración no podrá ejercer su potestad sancionadora sobre aquellos hechos ilícitos que ya hubieran sido objeto de una condena penal impuesta por los órganos del orden jurisdiccional penal o de una sanción administrativa impuesta por otro órgano administrativo. Para que opere la prohibición debe existir una triple identidad: iguales hechos, el mismo infractor y por la misma causa (identidad de fundamento punitivo). La eficacia de este principio es doble: funciona a posteriori, es decir, cuando los hechos han sido ya sancionados, y ex ante, es decir, no se pueden enjuiciar los hechos simultáneamente por los órganos administrativos y jurisdiccionales.

Este principio tiene su fundamento en la Constitución Española, en la que no está expresamente recogido pero, según el Tribunal Constitucional "va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución". Está igualmente vinculado al principio



de proporcionalidad porque, como igualmente ha señalado el Tribunal Constitucional "aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada" y al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución).

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) pero que no ha sido sancionado por estos hechos en este expediente. 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 el expediente que finalizó con la resolución de la CNC de 4 de junio de 2009 (confirmada excepto en la cuantía de la multa impuesta por la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2010) la parte dispositiva era la siguiente:

"Primero. Declarar que el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen "Jerez-Xéres-Sherry" y "Manzanilla Sanlúcar de Barrameda" ha incurrido en una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , también del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , así como del artículo 81 del TCE , al 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 su libertad comercial, sin motivación fundada en la calidad e identidad del producto y, por lo tanto, sin el debido amparo legal....."

No se aprecia en consecuencia la identidad que exige la aplicación del principio non bis in ídem en relación con la incoación, y la tramitación de un procedimiento sancionador que finaliza con la imposición de una sanción a González Byass S.A. por la participación en el cártel enjuiciado tomando en consideración la conducta que tuvo lugar en el periodo comprendido entre marzo de 2004 y mayo de 2006.

Con fundamento en las consideraciones hasta ahora expuestas, deben desestimarse las alegaciones de GONZÁLEZ BYASS relativas a la inexistencia de una infracción única y continuada, así como a la calificación de la infracción realizada por la CNC en la resolución impugnada. >>

B) En la mencionada Sentencia de 30 de enero de 2015 expusimos nuestro criterio interpretativo sobre la misma cuestión objeto de debate, la existencia de una infracción continuada, que confirmó la apreciación de la Sala de instancia que, a su vez, corrobora la de la Comisión Nacional de la Competencia. Y con arreglo a nuestro precedente criterio, consideramos en lo que se refiere a la conducta de González Byass, y con arreglo a lo declarado por la Audiencia Nacional, existió en la actuación de González Byass una infracción continuada. Debemos remitirnos a las consideraciones jurídicas entonces expresadas que sintetizan las razones de la Sala y resultan trasladables a la conducta ahora enjuiciada:

<< [...] 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 "período 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 contingentación 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 .->

Pues bien, al igual que sucedió en aquella ocasión, las consideraciones de la Sala de instancia en este extremo consisten en la posibilidad de incluir los acuerdos sobre cupos como una conducta que integra la infracción única y continuada que se imputa a González Byass, considerando que el establecimiento del cupo sobre ventas constituye un instrumento nuevo al servicio de los mismos interesados y el mismo fin consistente en la limitación de la oferta para incrementar los precios del producto BOB, indicando que nada impide que se pueda sancionar a los operadores económicos que han participado en el cartel, habiéndose limitado la participación del Consejo Regulador hasta junio de 2006. Estas consideraciones de la Sala no han sido desvirtuadas en casación, pues la mercantil recurrente se limita a insistir en los mismos argumentos esgrimidos en la demanda, que han sido rechazados de forma razonada en la Sentencia de la Audiencia Nacional. La imposibilidad de revisar los datos fácticos en los que la sentencia fundamenta su conclusión determina que proceda el rechazo del motivo una vez que la Sala de instancia (y antes la Comisión Nacional de la Competencia) ha incluido, tales extremos como cuestión de hecho.

QUINTO.- En el tercero de los motivos se denuncia que la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia resulta arbitraria e irrazonable. En el desarrollo argumental del motivo se censura la valoración de los elementos probatorios toda vez que << a pesar de señalar que existe prueba documental que acredita una intensificación de las desavenencias surgidas entre los miembros de la Primera Mesa y su ruptura final hacia marzo de 2004 y que en el periodo de reflexión los hechos acaecidos se concretaron en un acuerdo sectorial del que formaron parte integrante todos los asociados de FEDEJEREZ (..) que desembocó en la alteración del artículo 32.1 del Reglamento del Consejo Regulador (..) la sentencia mantiene, a su vez, que el cartel se mantuvo durante el llamado período de reflexión. En opinión de la mercantil recurrente, la Sentencia de esta manera incurre en una evidente contradicción interna que lleva a una conclusión irracional e ilógica en la valoración de la prueba, por cuanto "no es posible mantener una cosa y otra a la vez". Procede, por tanto, la revocación de la Sentencia ya que declarada por esta la finalización del cartel en marzo de 2004, ha de declararse asimismo la prescripción de la infracción en el momento del inicio del expediente sancionador, en julio de 2008. >>

El desarrollo argumental del motivo lleva a concluir que subyace una evidente discrepancia con la apreciación de la prueba realizada en la Sentencia recurrida, pero no una apreciación irrazonable o arbitraria de la misma. La referencia al carácter irrazonable de la valoración de la prueba carece de fundamento, pues puede ser compartida o puede discreparse de la misma, pero no reúne los caracteres propios de una apreciación ilógica, o absurda. La fundamentación jurídica de la Sentencia indica que las actuaciones sancionadas tuvieron lugar durante la primera mesa, pero que con posterioridad continuaron las actividades consideradas contrarias a la ley durante el período de reflexión y con posterioridad, con independencia de que no llegara a reunirse la segunda mesa. Por tanto, no se evidencia la contradicción o valoración ilógica de la prueba, antes bien, la respuesta de la Sala es coherente con los hechos que considera probados y con la específica participación de González Byass en los mismos.

El contenido del motivo, en fin, no encuentra fundamento en el cauce procesal, toda vez que lo único que revela en una discrepancia de la parte recurrente con la valoración que la Sala de instancia hizo de los elementos de prueba, que, como hemos señalado, no puede ser tildada de irrazonable ni se advierte una quiebra de la

lógica y por ende, no puede ser revisada en casación. La parte recurrente discute frontalmente la apreciación de la prueba realizada por la Sala de instancia, desde su parcial y subjetiva perspectiva, cuando lo cierto es que las consideraciones de la Sala de instancia sobre los elementos probatorios y sus conclusiones no resultan arbitrarias.

SEXTO.- En el cuarto motivo de casación se aduce la vulneración del artículo 130 de la LPAC y 25 CE en conexión con el artículo 3.1 de la LPAC y la jurisprudencia que lo interpreta.

Sostiene la recurrente en su motivo que la Sentencia parte del hecho de que el supuesto mantenimiento del cártel durante el período de reflexión se realizó mediante una actuación del Consejo Regulador lo que lleva la Sala de instancia a considerar que la infracción se produjo en grado de mera negligencia, considerando tal circunstancia como una atenuante para la reducción del importe de la sanción. La Sentencia afirma que la intervención del Consejo Regulador en el periodo de reflexión << pone en entredicho la ilegalidad de las conductas >> realizadas en dicho período en virtud del principio de confianza legítima en la actuación administrativa, si bien entiende que no supone una eximente completa. Refiere que la argumentación de la Sentencia infringe el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que consagra el principio de confianza legítima y con el de responsabilidad. La actuación del Consejo Regulador y de la Junta de Andalucía al aprobar el Reglamento del Consejo Regulador en el ejercicio de sus funciones de derecho público otorgó a la actuación de los operadores en el mercado una evidente confianza de que su actuación se realizó con plena sujeción a Derecho. La actuación de la Administración es suficientemente concluyente para amparar la actuación de la recurrente en el periodo de reflexión, siendo así que al no concurrir elemento volitivo mínimo necesario para la imposición de la sanción como consecuencia de la existencia de la confianza legítima la Sentencia infringe los invocados preceptos.

Pues bien, la Sala de instancia aborda esta alegación en el fundamento jurídico séptimo de su Sentencia, considerando que la intervención del Consejo Regulador y de la Junta de Andalucía al aprobar la modificación del Reglamento citado generó la confianza legítima de la legalidad de dicha actuación y ello le lleva a apreciar la circunstancia atenuante de la responsabilidad de González Byass.

Las consideraciones jurídicas expresadas por la Sala para justificar la atenuación son las siguientes:

<< Por lo tanto, y con independencia de otras consideraciones, no todas y cada una de las actuaciones del Consejo son actos administrativos en el sentido delimitado por la doble circunstancia de emanar de una Administración Pública y ser dictado en el ejercicio de una potestad administrativa.

La ley de la viña y el vino en el artículo 26 establece que los fines de los órganos de gestión son la representación, defensa, garantía investigación y desarrollo de mercados y promoción tanto de los vinos amparados como del nivel de protección.

Como igualmente se analizó en la sentencia citada, no todas las actuaciones del Consejo Regulador pueden considerarse actividad administrativa, pero en este caso no se enjuicia el sometimiento del Consejo en su actuación sino la apariencia de legalidad que tal intervención puede ocasionar para los operadores privados del sector afectado.

No se trata en consecuencia de enjuiciar en este concreto supuesto la conducta del Consejo Regulador, ni se trata de establecer que la mera intervención de un organismo como es el Consejo Regulador determine la exención o la atenuación de la responsabilidad de los operadores económicos que han llevado a cabo una conducta contraria a la LDC. Se trata de valorar la trascendencia de tal intervención en la intencionalidad o negligencia, si la hay, de la empresa recurrente en este recurso.

La culpabilidad no queda excluida: como ha recordado el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de diciembre de 2012, la presencia del elemento de culpabilidad es una cuestión puramente fáctica por lo que no la considera revisable.

Pero añade dicha sentencia:

"Puesto que el Colegio sancionado fundamenta la falta de culpa en el error, para determinar el verdadero alcance de esta circunstancia debemos acudir a las categorías que presenta en el Derecho Penal, donde solo posee efecto eximente en caso de ser invencible (artículo 14 del Código vigente). Tal consecuencia ha sido también apreciada por esta Sala en no pocos pronunciamientos, como recuerda nuestra reciente sentencia de 8 de marzo de 2012 (RC 4925/2008). Ahora bien, si el error es vencible y recae sobre uno de los elementos de hecho constitutivos del tipo, que es la hipótesis que aquí acontecería en la versión que defiende el recurrente, la infracción sería sancionada como negligente. Tal consideración no difiere del criterio de la instancia; la Audiencia Nacional consideró que el error que aducía el Colegio únicamente sería susceptible de afectar a la graduación de



la sanción, pues la responsabilidad en el ámbito sancionador es exigible aun a título de mera negligencia, según expresamente prevé el artículo 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Por otro lado, la reiteración de la conducta infractora por la recurrente y su mantenimiento durante un dilatado periodo temporal son factores que abonan, al menos, la existencia de negligencia. Sin duda el empleo de una elemental diligencia hubiera posibilitado al Colegio recurrente corregir su conducta antes de la emisión de alguna de las sucesivas circulares que dirigió a sus colegiados estableciendo los honorarios mínimos. Reparar en ello no exigía un especial esfuerzo, pues solo precisaba considerar que la sustitución del calificativo «mínimos» por el de «orientadores», relativos a honorarios, en la reforma del apartado ñ) del artículo 5 de la Ley de Colegios Profesionales llevada a cabo nada menos que en el año 1996, suponía la supresión de la potestad del Colegio de fijar unos honorarios mínimos para las actuaciones profesionales de sus miembros." >>

Y a modo de conclusión la Sala afirma:

<< La conclusión es que la conducta es contraria a derecho, y se llevó a cabo por la recurrente concurriendo el elemento de intencionalidad. Ahora bien: el contexto jurídico en el que se desarrollaron las actuaciones constitutivas de la infracción del art. 1 LDC y 101 TFUE , que en otras resoluciones de la propia CNC relativas al marco del vino de Jerez ha sido definido de "incertidumbre jurídica" (resolución de 6 de octubre de 2011 expediente NUM002 en la que fue declarada responsable de la infracción la propia Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía) conlleva en este concreto supuesto que esa intencionalidad quede afectada y reducida a culpa o negligencia al quedar en entredicho la ilegalidad de las conductas por la intervención del Consejo Regulador en las concretas circunstancias que se describen por la resolución impugnada en la declaración de hechos probados. >>

En el motivo de casación la sociedad recurrente considera que la situación de << incertidumbre jurídica >> apreciada por la Sala es determinante de la ausencia de culpabilidad. González Byass discute en esta sede que la Sala la limite a una mera circunstancia atenuante que afecta a la intencionalidad y la reduce a culpa o negligencia, considerando que debía dotarse de mayor alcance hasta excluir totalmente la culpabilidad.

Pues bien, sobre el principio de culpabilidad y el concreto << contexto normativo >> en relación con la intervención del Consejo Regulador, las modificaciones del Reglamento de las Denominaciones de Origen aprobadas por la Junta de Andalucía y versa el fundamento jurídico tercero de la Sentencia de 30 de Enero de 2015, dictada en el caso Humbert & Williams (R.C. 1580/2013). Dijimos en aquella ocasión al examinar esta misma cuestión que la cobertura normativa únicamente se refiere a la fijación de un cupo sobre ventas, no así respecto a las demás aspectos de la conducta infractora, que justifica la negación de la ausencia de culpabilidad que se postula y justifica, sin embargo, una atenuación en el elemento de la intencionalidad que lleva aparejada una reducción del importe de la sanción en los términos que fija seguidamente.

Declaramos en la mencionada Sentencia:

<< 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 exculpatario 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. >>

Procede, pues, con arreglo a los anteriores criterios, aplicables al caso examinado, concluir que las conductas invocadas afectarían de forma parcial a la responsabilidad de González Byass y en relación al cupo sobre ventas de los vinos, pero no a los demás aspectos considerados en la infracción como los que se refieren al reparto del mercado, fijación de precios mínimos, intercambio de información y 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.



SÉPTIMO.- En el quinto motivo se aduce la infracción del artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 65 de la misma y del artículo 52 del Reglamento de Defensa de la Competencia, así como del art. 24 CE y la jurisprudencia que los interpreta.

La Sentencia concluye que concurre el primero de los requisitos del artículo 66 de la citada ley para la reducción de la multa impuesta consistente en que la recurrente ha aportado al expediente los elementos de prueba de la infracción que supusieron un valor añadido significativo respecto de aquellos que ya disponía la Administración. Sin embargo, razona que no se observa el segundo de los elementos contemplados en el artículo 66 en relación con el 65.2 de la misma ley, que comporta la exigencia de cooperar de forma plena, continúa y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos reglados del artículo 52 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

Se infringe el artículo 66 de la Ley de Defensa de la Competencia, -afirma la parte- puesto que la Sala no aplica los requisitos del artículo 52 del Reglamento de Defensa de la Competencia, pues se limita a señalar que sólo se aportó documentación con respecto a la Primera Mesa; lo cual es perfectamente explicable por el hecho de, como se advierte en la propia Sentencia, tras la ruptura definitiva de la Primera Mesa surgida de las desavenencias entre sus miembros, sus integrantes dejaron de reunirse. "González Byass" cumplió con todos los requisitos establecidos por el artículo 52 del Reglamento de Defensa de la Competencia, ya que facilitó a la Comisión Nacional de la Competencia toda la documentación del cártel de que disponía (relativa a la Primera Mesa como se ha dicho, pues sólo se disponía de ésta); quedó a su disposición para contestar a cualquier requerimiento o exigencia de entrevistas, como así ocurrió y queda acreditado en el expediente administrativo, al contestar con fecha 29 de octubre de 2008 al requerimiento de información de la CNC, que fue declarada confidencial e incorporada al expediente administrativo en 25 de noviembre de 2008, y se abstuvo de comunicar a terceros la existencia del expediente sancionador.

Pues bien, la Sentencia de instancia aprecia que la colaboración de González Byass durante el procedimiento no conlleva la reducción de la multa prevista en el marco de clemencia, e x artículo 65.2 a) de la Ley 15/2007, pero sí considera la colaboración como una circunstancia atenuante del artículo 64 de la mencionada ley. Las consideraciones en las que se sustenta la apreciación son las siguientes:

<< [...] La DI, en el PCH, consideró procedente otorgar a la hoy actora la reducción de la sanción al considerar que las pruebas aportadas por GB suponían un valor significativo a lo obrado en el expediente. El acuerdo impugnado señala al respecto:

"El Consejo ha resuelto la declaración de infracción sobre la base del contenido íntegro del expediente, en que existiendo una abrumadora serie de hechos acreditados, no todos ellos aportan, evidentemente, el mismo nivel probatorio de la infracción. Siendo claro que la declaración de infracción no se basa en un solo hecho o en una serie limitada de ellos, sino que a la misma contribuye, aunque sea con distinta intensidad, el análisis conjunto de todos ellos, es obligado, aunque no sea labor sencilla, intentar valorar la contribución de los mismos a la declaración de la infracción. En este sentido, GB ha aportado un elevado número de documentos relacionados con el cártel, de los cuales además se infiere sin lugar a dudas la creación en el año 2001 del primer acuerdo multilateral acreditado en este expediente, así como su autoinculpación en el año 2000, aun cuando la misma no haya sido inculpada desde 2000, sino desde 2001.

Por el contrario, la declaración del primer solicitante de clemencia se apoya muy especialmente en los hechos acontecidos desde 2005, pues si bien menciona la existencia del cártel en 2001, no aporta ni una descripción exhaustiva ni documento alguno al respecto. Es por tanto entendible que la DI apreciase en las aportaciones de GB el valor significativo que declara existir en el PCH. El Consejo, ante su propuesta final de no concesión de la reducción de la sanción, y las alegaciones presentadas por GB al respecto, valora que más allá de la apreciación sobre la falta de cooperación alegada por la DI, y de si el artículo 52 del RDC supone o no una lista cerrada de causas que deben ser tenidas en cuenta para la apreciación de la citada cooperación, el valor probatorio añadido por los GB resulta escasamente significativo. El conjunto de documentos clave para el esclarecimiento de la infracción si bien fueron aportados por GB, también estaban disponibles en el expediente como resultado de la inspección que dos días antes de la solicitud de GB, la DI había realizado en su sede.

El Consejo valora que dado que GB sabía el contenido de los documentos que la DI había obtenido en la inspección, resulta sencillo aportar los mismos y alguno más en el mismo sentido, creando así una apariencia de aportación de valor añadido que no resulta tal. Y además, junto con dichos documentos acreditativos de la infracción, GB ha aportado otra serie de documentos hábilmente seleccionados con el objeto de inducir una falsa acreditación de prescripción. Analizados los elementos aportados por GB, distintos de los que ya obraban en poder de la DI, el Consejo no puede por más que apreciar en ellos un intento de prueba de descargo de la infracción que con toda seguridad, sería imputada por la DI, sabiendo como sabía en el momento de la solicitud de clemencia las pruebas en contra de las que disponía la DI. Ciertamente esta conducta no se encuentra entre



el listado del artículo 52, pero la misma no puede resultar, en opinión de este Consejo, mas contraria a la idea que cualquiera pueda concebir de lo que el término cooperación implica. Es evidente, en aras al derecho de defensa, que un imputado incorpore al expediente cuantas pruebas de descargo considere oportuno, pero el procedimiento es la solicitud de prueba ante el Consejo, no el uso del programa de clemencia, cuya finalidad fue concebida por el legislador para otros fines. Por tanto, este Consejo, por las razones expuestas, y analizando en su conjunto el cumplimiento de los requisitos para la reducción de la sanción, no considera procedente reducir dicha sanción, anteriormente determinada en el caso de GB."

El Tribunal General en su sentencia de 28 de abril de 2010 en relación con la cooperación de una empresa con la autoridad de competencia, y la apreciación de dicha cooperación como circunstancia atenuante, señaló lo siguiente:

1-. Valora el contenido de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación.

2-. En esta Comunicación se reconoce la procedencia de reducir del 10 al 50% el importe de la multa que se le habría impuesto a la empresa a falta de cooperación cuando "antes del envío del pliego de cargos una empresa facilite a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción", y cuando "tras recibir el pliego de cargos, una empresa informe a la Comisión de que no pone en duda la veracidad de los hechos sobre los que la Comisión funda sus acusaciones."

3-. En aquel caso la Comisión reconoció la cooperación porque "BST aportó a la Comisión elementos de prueba que le ayudaron considerablemente a demostrar las infracciones y le permitieron probarlas más fácilmente. También se cita a BTS en el pliego de cargos como una fuente importante para las conclusiones fácticas alcanzadas por la Comisión" Igualmente porque, "tras recibir el pliego de cargos, la demandante le informó de que no negaba la materialidad de los hechos en los que basó sus acusaciones".

4-. La autoridad de defensa de la competencia dispone de una amplia facultad de apreciación a la hora de valorar la relevancia y utilidad de la cooperación prestada por una empresa, en especial en comparación con las contribuciones de otras empresas (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2007, SGL Carbón/ Comisión, C-328/05 P, Rec. p. I-3921, apartado 88)

5-. El Tribunal considera que la Comisión realizó una apreciación errónea de la cooperación, y que debe en consecuencia fijarse un tipo de reducción apropiado.

Esta Sala está autorizada por el ordenamiento jurídico, como lo está el Tribunal General en virtud del artículo 31 del Reglamento 1/2003 , para, actuando con competencia jurisdiccional plena, suprimir o reducir la multa impuesta por la CNC.

En el caso enjuiciado, es relevante el hecho de que la DI a quién el ordenamiento jurídico encarga la instrucción de los expedientes, y en consecuencia se encuentra en una posición privilegiada para valorar la trascendencia de la documentación aportada, inicialmente estimase que las pruebas tenían un valor significativo pero posteriormente considerase que no debe reconocerse reducción a la actora por falta de cooperación.

Al tiempo, es al Consejo a quién la LDC reconoce la facultad decisoria, y sobre el ejercicio de esta facultad, la motivación de dicho ejercicio y la conformidad a derecho de ambas debe pronunciarse esta Sala.

Para realizar esta valoración la Sala ha tenido en cuenta que, como pone de manifiesto la CNC, la información aportada por la actora es relevante para un periodo de la infracción, pero inexistente para otro. Igualmente resulta que la información relevante correspondía a un periodo en el que la actora entiende que la infracción ha prescrito.

Por otro lado, no pueden invalidarse la documentación aportada y la colaboración prestada por el hecho de que la empresa sostenga su inocencia, la inexistencia de infracción o su falta de responsabilidad por la misma caso de declararse probada. Y las consideraciones del Consejo denotan una cierta contradicción pues señala que:

1-. "GB ha aportado un elevado número de documentos relacionados con el cártel, de los cuales además se infiere sin lugar a dudas la creación en el año 2001 del primer acuerdo multilateral acreditado en este expediente, así como su auto inculpación en el año 2000, aun cuando la misma no haya sido inculpada desde 2000, sino desde 2001".

2-. "Por el contrario, la declaración del primer solicitante de clemencia se apoya muy especialmente en los hechos acontecidos desde 2005, pues si bien menciona la existencia del cártel en 2001, no aporta ni una descripción exhaustiva ni documento alguno al respecto."

Y concluye negando a González Byass reducción alguna en el importe de la multa porque pese a que junto a documentos aportados disponibles en el expediente por haberse aprehendido en la inspección, a continuación reconoce que se aporta "alguno más en el mismo sentido".



La CNC ha utilizado la información aportada por González Byass, que como reconoce completa la recibida del primer solicitante de clemencia, y como se expone en la demanda, se ha utilizado la documentación aportada por la recurrente (folios 69 y siguientes) que es citada en 28 ocasiones en la resolución, para establecer los hechos probados. De esas 28 citas, solo en cuatro ocasiones se señala por la CNC que además de ser aportada fue aprehendida en la inspección realizada en la sede de la actora: en relación con el resumen de una reunión (pfo. 6.12, pag 41), en relación con la reunión de la Comisión Ejecutiva de la mesa BOB (pfo. 6.22 pg 45) en relación con la reunión de 9 de marzo de 2004 (pfo. 6.35 pág. 50) y en la cita relativa a lo ocurrido el 15 de marzo de 2004 (pfo. 6.37 pág. 50).

El art. 52 del Reglamento de Defensa de la Competencia establece cual es el deber de cooperación de los solicitantes de reducción del importe de la multa:

"a) Facilite sin dilación a la Dirección de Investigación toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que estén en su poder o a su disposición.

b) Quede a disposición de la Dirección de Investigación para responder sin demora a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos.

c) Facilite a la Dirección de Investigación entrevistas con los empleados y directivos actuales de la empresa y, en su caso, con los directivos anteriores.

d) Se abstenga de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba relevantes relativos al presunto cártel.

e) Se abstenga de divulgar la presentación de la solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como el contenido de la misma, antes de la notificación del pliego de concreción de hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación."

Por su parte el artículo 66 LDC dice:

"Artículo 66. Reducción del importe de la multa.

1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:

a. faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y

b. cumplan los requisitos establecidos en las le tras a, b y c del apartado 2 del artículo anterior.

2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:

a. La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 %.

b. La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 %.

c. Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 % del importe de la multa.

.....".

Los requisitos citados del art. 65 pfo. 2 son:

"a. Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación

b. Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.

c. No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido."

Del conjunto de consideraciones expuestas resulta a juicio de esta Sala que si bien, como señala la actora, mediante la documentación aportada se facilitaron a la CNC elementos de prueba de la presunta infracción que aportaron un valor añadido significativo con respecto a aquellos de que ya disponía, bien porque los había aportado el primer solicitante de la exención bien porque los había aprehendido en las inspecciones realizadas



en las sedes de las empresas, esta circunstancia no basta por si sola. El artículo 66 claramente añade "y cumplan los requisitos establecidos en las le tras a, b y c del apartado 2 del artículo anterior."

Esta segunda condición no ha sido cumplida, al menos la contenida en la letra a) pues no se ha apreciado la cooperación continua y diligente. En cambio esta Sala considera que la actuación examinada puede incardinarse como circunstancia atenuante según lo previsto en el art. 64.3d) LDC :

"La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley ."

El importe de la sanción deberá verse reducido por la aplicación de esta circunstancia atenuante. La concurrencia de esta atenuante se aprecia con base en las consideraciones más arriba expuestas. >>

El planteamiento del motivo no puede ser acogido. La sociedad recurrente insiste en sede casacional en su tesis que parte de la premisa de que González Byass facilitó la documentación del cártel relativa a la Primera Mesa del BOB, que es la fase en la que reconoce su actuación, y por tanto, su colaboración no podía extenderse a los ulteriores momentos. No obstante, tal planteamiento no resulta respetuoso con la declaración de hechos probados incluida en la sentencia impugnada que establece que la intervención de la sociedad recurrente González Byass no se ciñó a la Primera Mesa que se extendió hasta el año 2004, sino que continuó en la forma que indica en posteriores fases. La parte recurrente prescinde de este dato fáctico y parte de la afirmación -que expone a lo largo de su recurso- que se refiere a que la participación de la sociedad en el cartel es limitada al primer período que concluye en el aludido año que coincide con su colaboración. Pero la Sala expone de forma razonada y razonable y a partir de los elementos probatorios obrantes en autos, que González Byass suministró a la Comisión Nacional de la Competencia elementos relevantes de prueba de la infracción, que aportaron un valor añadido significativo con respecto a aquellos datos de los que ya disponía sobre la denominada Primera Mesa. Entiende, no obstante, que dicha cooperación con la Comisión Nacional de la Competencia no reúne las características de ser <<continua y diligente>> como exige el apartado a) del artículo 65.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y por ello acude a lo dispuesto en el artículo 64.3 d) de la misma ley que contempla el supuesto de colaboración como circunstancia atenuante de la del importe de la multa.

La apreciación de la Sala de instancia sobre la cooperación parcial y limitada de González Byass no es desvirtuada en el motivo, en el que no se identifica ninguna actuación específica que ponga de manifiesto que la colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia fúe en este caso continua y diligente o la apreciación errónea del órgano sancionador de algún elemento que evidencie que dicha contribución haya tenido lugar a lo largo de todas las etapas a las que se refiere la infracción y sólo se insiste, obviando esta cuestión, en el efectivo cumplimiento de los requisitos del artículo 52 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por RD. 261/2008, de 22 de febrero, para fundar la reducción de la cuantía de la multa .

En fin, la Sala expone las razones por las que aprecia la circunstancia de atenuación de la responsabilidad que responde al dato declarado por la Sala de que la cooperación con la Comisión Nacional de la Competencia se constricto exclusivamente a la primera fase de la infracción, (la Primera Mesa BOB), sin que resulte justificado que se extendiera a los demás aspectos y momentos de la infracción, esto es, no fué plena ni continuada como exige el artículo citado para obtener la exención de la sanción. Razones por las que entendemos correcta la consecuencia acordada por la Sala de instancia, que determina una sustancial reducción de la sanción impuesta. En atención a cuanto ha quedado expuesto, no cabe sino desestimar el motivo de casación y confirmar la Sentencia de instancia.

OCTAVO.- El recurso de casación formulado por la Administración del Estado se articula en cuatro motivos, el primero por el cauce del apartado c) del artículo 88 LJCA y los demás al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional .

En el primero, invoca el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al infringir las normas reguladoras de los actos y garantías procesales, en concreto, por ser incongruente la Sentencia y haber provocado indefensión, quebrando las normas del proceso, sin que haya podido denunciarse el defecto, infringiendo los artículos 33, apartados 1 y 2, y 65.2 LJCA, dado que la Sentencia resuelve en base a una cuestión no planteada, cual es el límite máximo de la sanción.

En el segundo motivo se atribuye a la Sentencia impugnada la vulneración del artículo 64.3.d) de la Ley 15/2007 , por apreciarse la concurrencia de una circunstancia atenuante indebidamente (atenuante de colaboración).

El tercer motivo que va a ser inadmitido como se expondrá, interpuesto por apreciar la infracción del art.64 y 66 de la Ley 15/2007 , al darse un alcance a la concurrencia de una circunstancia atenuante, superior a la atenuante cualificada de colaboración (atenuante de confianza legítima).



Y, en fin, el cuarto motivo imputa a la Sentencia que se recurre la infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , por limitarse el importe máximo de la sanción al 10% del volumen de ventas de la actividad del infractor en el sector económico en el que se produce la infracción, y no sobre el total del volumen de ventas.

NOVENO .- La representación de González Byass plantea en su escrito de oposición la inadmisibilidad del recurso de la Administración del Estado, por la inadmisibilidad del motivo tercero, porque se introduce un motivo nuevo que no fue anunciado en el escrito de preparación del recurso.

Procede, como se sostiene por dicha representación, la inadmisión del motivo de casación tercero, 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 circunstancia 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, nos referirnos a la atenuación de la responsabilidad al abordar el primer motivo de casación de la entidad mercantil recurrente.

Alega también dicha representación el carácter excluyente de los motivos primero y cuarto del recurso de casación de la Administración del Estado, pues, se afirma, ambos se dedican a denunciar una misma infracción siendo el cuarto a todas luces subsidiario respecto al primero de los motivos, lo que determina su inadmisión .

Cabe rechazar también esta objeción relativa a la incompatibilidad de los motivos de casación primero y cuarto sostenida por la representación de González Byass, por denunciar la misma infracción por dos apartados distintos del artículo 88 LJCA y ser subsidiario uno del otro. El motivo primero se ampara en el apartado c) de dicho precepto y en él lo que se denuncia no es la incongruencia de la Sentencia sino, en puridad, la quiebra de las normas procesales, artículos 33 y 65 LJCA que se refieren a la necesidad de dar audiencia a las partes en el supuesto de tratarse de una cuestión no debatida en la instancia. Y el motivo cuarto, plantea la infracción por la Sentencia de los artículos 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1.c) de la Ley 15/2007 , de manera que no se aprecia el carácter excluyente de ambos planteamientos que por el contrario resultan procesalmente viables por versar sobre distintos aspectos litigiosos.

DÉCIMO.- Se sostiene en el indicado motivo primero, que se han vulnerado los artículos 33 , 65.2 de la Ley Jurisdiccional , pues la Sentencia resuelve el recurso "en base a una cuestión que no se había planteado por la parte demandante, cual es el límite máximo de la sanción". Manifiesta que la Sentencia establece que debe ser tomado en consideración el volumen de ventas de la actividad del infractor en el sector económico en el que se produce la infracción, y no sobre el total volumen de ventas, interpretando de esta forma el artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1.c) de la Ley 15/2007 . Siendo una cuestión que no se planteó ni en demanda ni conclusiones por el actor en instancia. Lo que infringiría el artículo 33, apartados 1 y 2 , y 65.2 de la Ley Jurisdiccional , por cuanto debería haberse otorgado plazo a las partes para alegar sobre este extremo. Se trata, pues, de una cuestión nueva que se plantea por la propia Sala de instancia en la Sentencia, sin haber suscitado previamente la "tesis" a las partes del proceso.

El motivo no puede ser acogido. La Sentencia recurrida tras examinar, y desestimar los motivos de impugnación sobre los que se articulaba la pretensión de nulidad esgrimida por la demandante en el recurso contencioso administrativo, examina, en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo la cuestión de la proporcionalidad de la sanción impuesta, cuestión que había sido suscitada a lo largo de los razonamientos del escrito de demanda.

En el escrito de demanda la parte ahora recurrente planteó como argumento para interesar la nulidad de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que el inadecuado cálculo de la multa impuesta, por las razones que exponía, entre otras cuestiones, por el juego de las circunstancias que implicaban una reducción



del importe de la multa. Así lo reconoce en su escrito de oposición que indica que en la demanda solicitó la reducción de la sanción mediante la aplicación de "todos los criterios legalmente establecidos", lo que evidentemente incluye los límites de reducción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 15/2007, siendo así que la Sentencia, al estimar la solicitud de reducción de la sanción en los términos expuestos "interpreta" el conjunto de la Ley 15/2007.

Se cuestionaba, en fin, la interpretación realizada por la Comisión Nacional de la Competencia sobre la forma de determinación del importe de la sanción distinta de la que preconizaba el Abogado del Estado en su defensa del acuerdo impugnado. En su escrito de contestación a la demanda dicha representación se remitió al Fundamento Jurídico séptimo de la resolución sancionadora, a tenor del cual el cálculo de la multa se llevaba a cabo utilizando el método de fijar primero un importe básico de la sanción, para posteriormente aplicar el límite del diez por ciento correspondiente a infracciones muy graves.

La controversia procesal desarrollada en la instancia incluía, aun cuando de manera global, las cuestiones sobre las que se pronuncia la Sala de instancia sobre el límite del diez por ciento del volumen de negocios de la empresa sancionada, a efectos de su utilización como factor para el cálculo de las multas. De manera que no se advierte la quiebra que se denuncia en el motivo de casación que no puede tener favorable acogida.

UNDÉCIMO.- En el segundo motivo de casación formulado al amparo del artículo 88.1.d) denuncia la infracción del artículo 64.3.d) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, el Abogado del Estado discute la apreciación por la Sala de instancia de la circunstancia de atenuación consistente en la cooperación de la sociedad González Byass, la cual, como hemos expuesto, por contra sostiene en su recurso que debía determinar la exención de la multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 de la misma ley. Argumenta esta representación que para apreciar la concurrencia de la atenuación de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia debe ser *activa y eficaz*.

Se afirma que la ley no considera atenuante cualquier tipo sino la que cumple "activa y efectiva", no habiendo prestado la actora en el expediente dicho tipo de colaboración que debe ser "cualificada" y exceder del nivel normal de colaboración que permita a la Comisión Nacional ir más allá de lo que razonablemente hubiera llegado sin dicha colaboración cualificada. Recuerda que en la resolución sancionadora se afirma que los documentos aportados por González Byass no pueden considerarse como actos de colaboración con la Comisión sino que parece mas bien encaminados a acreditar la ausencia de responsabilidad e incluso a inducir a error sobre la prescripción de la infracción. Concluye, que la colaboración de la recurrente no habría ido más allá del deber general de colaboración e información que impone el artículo 39 de la Ley de Defensa de la Competencia y no siendo "activa y efectiva" no podrá ser considerada realmente como tal.

El motivo no puede ser acogido pues no existe una crítica a la Sentencia, pues, en realidad, se reproduce la apreciación que de esta cuestión realiza la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución impugnada, pero, sin exponer las específicas razones por las que sostiene que la colaboración de González Byass no resultó activa y eficaz.

Recordaremos, en todo caso, que el Tribunal de instancia apreció frente al criterio de la Comisión, que la aportación de los documentos por González Byass fue relevante, pues facilitaron a la Comisión elementos de prueba de la infracción que aportaron un valor significativo respecto a aquellos que ya disponía, admitiendo tal actuación como circunstancia atenuante del artículo 64.3 d) de la Ley. Ciertamente, se desprende de la fundamentación jurídica expresada por la Sala que la conducta desarrollada por González Byass cumple las notas contempladas en el aludido precepto para ser considerada para la reducción de la multa, pues la aportación de la documentación resultó útil y eficaz para la investigación de las conductas objeto del expediente, en la medida que facilitó su acreditación y la sociedad actuó y cooperó de forma activa con la Comisión Nacional de la Competencia en la aportación de dichos elementos documentales relevantes.

Así lo apreció la instrucción del expediente que inicialmente valoró la trascendencia de la documentación aportada, a la que se atribuyó un valor significativo. La Sala de instancia concluye en un sentido similar considerando que la colaboración fué eficaz para probar la infracción y presentaba entidad suficiente para moderar la responsabilidad de González Byass en aplicación del mencionado precepto, apreciación que no ha sido desvirtuada en esta sede casacional pues en el motivo nada se indica para combatir el alcance de la documentación facilitada ni que ésta no resultara ciertamente "eficaz" o no tuviera un "valor significativo" para la investigación y acreditación de la conducta infractora.

DECIMOSEGUNDO.- En el motivo de casación cuarto 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 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 de la 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:

<< [...] 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 competencia 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.

[...] 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.

[...] 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.

[...] 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.

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

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

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

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

A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE , es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados



por las autoridades nacionales de los Estados miembros. Pero tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas -en el ámbito del derecho de la competencia que, pese a algunas posturas reduccionistas, no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento sancionador- han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas. Si, además de esta ecuación, el legislador considera oportuno incrementar el "efecto disuasorio" a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales.

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

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

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

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

DECIMOTERCERO .- Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores llevan a concluir que procede estimar el motivo cuarto del recurso del Abogado del Estado y desestimar el recurso de González Byass SA., 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 apreciación de la Sala de la circunstancia atenuante y 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 5% 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, de 3 de julio de Defensa de la Competencia , 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, atendidas las circunstancias de reducción de la multa por la Sala de instancia y aplicando los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de González Byass SA en el año 2009, precisando que la cuantificación de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en el fundamento decimosegundo de esta Sentencia.

DECIMOCUARTO .- 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.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- HA LUGAR al recurso de casación nº **1531/2013** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la Sentencia de fecha 7 de marzo de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 535/10 , 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 15/2007 de Defensa de la Competencia y a la cuantificación de la sanción.

Segundo. - Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de GONZÁLEZ BYASS SA (GB), 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 (870.000 euros), ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para que atendidas las circunstancias de atenuación de la responsabilidad y de reducción de la multa apreciadas en la sentencia impugnada, imponga la multa en el porcentaje que resulte, con arreglo a los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de Bodegas González Byass 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 15/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en el fundamento decimosegundo de esta Sentencia.

Tercero. - 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, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, 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.- Rubricado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.