

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE MULTAS

Antonio GUERRA FERNÁNDEZ

Director del Gabinete de Presidencia
Tribunal de Defensa de la Competencia *

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 conlleva numerosas implicaciones para la aplicación de las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea. Han sido muy debatidos el nuevo sistema de aplicación del apartado 3 del art. 81 Tratado CE, los mayores poderes de investigación para la Comisión Europea o la necesidad de fortalecer los vínculos de coordinación y colaboración entre las autoridades nacionales y la Comisión para hacer frente a la mayor descentralización inherente a esta modernización.

Otro de los aspectos más relevantes de este Reglamento es el reconocimiento de plenas competencias a los jueces nacionales para la aplicación íntegra de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

Como muestra un estudio encargado por la Comisión Europea, basado en el análisis comparado de las experiencias de los Estados miembros en la aplicación por parte de los jueces de las normas de competencia, la situación en cada uno de los países de la Unión Europea es bastante heterogénea.

En particular, en lo relativo a España, esta realidad era prácticamente inexistente hasta el mes de septiembre de 2004 en que comenzaron a operar los Juzgados de lo Mercantil que ostentan los poderes para aplicar las normas comunitarias de competencia en los juicios civiles en nuestro país.

* El autor es el único responsable de las opiniones vertidas en este artículo que, en absoluto, suponen la posición institucional del Tribunal de Defensa de la Competencia ni de alguno de sus miembros.

Sin embargo, las perspectivas de futuro en esta cuestión se antojan de gran relevancia, dado que actualmente estamos inmersos en un proceso de reforma integral de nuestro modelo de defensa de la competencia que, entre otras muchas modificaciones, prevé diseñar un mecanismo que favorezca la aplicación de las normas nacionales de competencia por parte de los jueces.

El pasado 20 de enero el Ministerio de Economía y Hacienda de España publicó en su página de Internet el *Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia*, en el que se hace un análisis crítico del actual modelo español de defensa de la competencia a partir del cual se plantean diversas líneas de reforma que abarcan tanto el terreno institucional como el sustantivo y el procedimental.

Estas líneas de reforma se orientan a la búsqueda de soluciones a las necesidades y debilidades del modelo tanto desde nuestra propia experiencia como del análisis de las de los países más desarrollados en esta materia y, en especial, desde los retos planteados por la entrada en vigor del Reglamento 1/2003.

Entre todas las cuestiones a valorar en el marco de la reforma se encuentra el reconocimiento de competencias plenas a los jueces para aplicar la Ley española de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, y hasta que el reconocimiento de estas competencias se haga realidad, el papel de los jueces en el modelo español de defensa de la competencia se ha limitado, fundamentalmente, a la revisión de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). En este sentido, el sistema español, a través del art. 49 LDC, prevé la posibilidad de recurrir las decisiones del TDC ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y, en su caso, en segunda instancia ante el Tribunal Supremo.

Este papel ha sido de gran trascendencia para el desarrollo de la defensa de la competencia en España por dos motivos. En primer lugar, porque supone el primer acercamiento de los jueces españoles a esta materia y, de hecho, se puede decir que esta actuación está sirviendo para sentar las primeras bases de lo que habrá de venir en el futuro.

Y, en segundo lugar, porque ha permitido ir definiendo y depurando la calidad de las decisiones del TDC a partir del control de legalidad propio de la revisión judicial. Conceptos propios de la defensa de la competencia han logrado incardinarse adecuadamente en los principios básicos del procedimiento administrativo sancionador gracias al ejercicio de este control de legalidad de las actuaciones del TDC por parte de los órganos judiciales.

En este sentido, se puede decir que los jueces han jugado un papel de medida de calidad del sistema. De esta forma, si tuviéramos que medir la calidad de las decisiones del TDC en función de sus niveles de confirmación judicial, los resultados hasta el momento son extraordinariamente

halagüeños, dado que la mayor parte de resoluciones han sido confirmadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, lo que, indudablemente, ha contribuido a dotar de gran credibilidad al modelo.

Desde la entrada en vigor de la actual Ley de Defensa de la Competencia (1989), la actividad resolutoria del TDC ha sido muy extensa, abarcando un número muy amplio de prácticas, sectores y tipos de operadores económicos.

No obstante, si vamos más allá de la medida cuantitativa de la actuación del Tribunal y buscamos un parámetro cualitativo adecuado como es el nivel de confirmación judicial, las cifras hablan por sí solas.

Desde la entrada en vigor de la Ley hasta el 13 de mayo de 2005, el TDC había dictado 1.431 resoluciones recurribles ante la Audiencia Nacional, de las que sólo 395 lo fueron efectivamente (un 27,6 por 100).

De estas 395 decisiones recurridas, en 251 ocasiones (el 63,5 por 100) ya hay un pronunciamiento judicial firme con los siguientes resultados: en 214 casos (un 85,3 por 100), se ha producido una confirmación de la decisión del TDC; en 17 casos (un 6,8 por 100) el pronunciamiento judicial ha anulado parcialmente la decisión administrativa, y en los 20 casos restantes (un 8 por 100), la anulación ha sido total.

Es decir, la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo sólo han anulado, parcial o totalmente, 37 decisiones del TDC de las 1.431 dictadas recurribles desde la entrada en vigor de la Ley.

Se trata de cifras suficientemente elocuentes para señalar con contundencia que los órganos judiciales han refrendado la actuación del TDC en esta última década y media.

No obstante, esta sensación se confirma si profundizamos en el análisis de las 37 decisiones anuladas parcial o totalmente. De estas 37 sentencias anulatorias; 28 corresponden a expedientes sancionadores; 6, a recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia, y las 3 restantes, a expedientes sobre medidas cautelares.

De las 28 sentencias anulatorias que corresponden a expedientes sancionadores, en 13 casos (46,4 por 100) la decisión judicial confirma la decisión de fondo del TDC y se limita a reducir o anular la multa impuesta por éste. De estos 13 casos, en 10 ocasiones la multa simplemente se reduce y en los 3 restantes, se elimina totalmente.

Esta circunstancia muestra que la política de multas del TDC es una de las cuestiones que mayores, aun siendo pocas, diferencias de valoración ha generado en la fase de revisión judicial.

Es por ello y especialmente a la luz de las perspectivas futuras de mayor relevancia de la actuación de los jueces en la aplicación de las normas de competencia, que me gustaría centrar este artículo en esta cuestión.

Es indudable que las conclusiones que se extraigan en lo relativo a la actuación de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo no son automáticamente trasladables a las intervenciones de los Juzgados de lo Mercantil tanto por especialización en la materia como por el propio enfoque de la actuación de cada uno de estos órganos judiciales: en un caso, controlando la legalidad de las decisiones de la Administración Pública y, en el otro, resolviendo demandas civiles relacionadas, fundamentalmente, con la declaración de nulidad de determinados contratos o con el reconocimiento de daños y perjuicios derivados de infracciones a las normas de competencia.

No obstante, considero que es un ejercicio útil tanto para saber cómo ha funcionado el modelo en estos últimos años, como para identificar líneas futuras de actuación y mejora del mismo. Y, en especial, si tenemos en cuenta que la política de sanciones se está convirtiendo en un elemento determinante de la eficacia de la aplicación práctica de la defensa de la competencia en cualquier jurisdicción del mundo.

2. LA REVISIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE MULTAS

En los 13 casos en los que los órganos judiciales han anulado parcial o totalmente la decisión del TDC en materia de multas subyace un elemento común como es el de perseguir la adecuada aplicación del criterio de proporcionalidad.

Se trata de un principio de la potestad sancionadora administrativa recogido en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo buscan encajar apropiadamente en los elementos propios del marco sancionador de la defensa de la competencia establecidos por el art. 10 LDC.

Este artículo detalla aquellos elementos que el TDC ha de tomar en consideración a la hora de graduar la importancia de la restricción a la competencia y, consecuentemente, cuantificar el importe de la multa a imponer a los infractores. Entre ellos, destacan la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, los efectos de la restricción de la competencia sobre los competidores o consumidores, la duración de la restricción y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

La misma Ley invita al Tribunal a que realice una valoración ponderada de estos elementos dentro del doble techo máximo previsto por el apartado primero de dicho art. 10: 901.518,16 euros que pueden ser incrementados hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio inmediato anterior a la resolución del TDC.

Una carencia de la Ley, que debería ser subsanada por la reforma prevista, es la ausencia de una graduación de las infracciones en muy graves, graves y leves. La existencia de esta graduación dotaría al sistema, desde mi punto de vista, de mayor transparencia y seguridad jurídica.

En la misma línea, sería muy positivo que la nueva autoridad de competencia elaborara unas directrices que recogieran de forma sistemática el mecanismo seguido para el cálculo de las multas. Algo similar a lo hecho por la Comisión Europea en sus Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA¹, que, en estos momentos, se encuentra precisamente en proceso de revisión, en especial, en lo relativo a los baremos de multas asociados a cada tipo de infracción.

Entrando en el análisis de las sentencias de la Audiencia Nacional que reducen o anulan la multa impuesta por el TDC, lo primero que cabe decir es que se trata de Sentencias muy diversas, tanto en lo relativo a la conducta analizada como a los agentes económicos involucrados y, por ende, respecto a los motivos aducidos para modificar la resolución del TDC.

Por ello, es bastante complicado categorizar las sentencias en grupos homogéneos. No obstante, en este artículo se hace un esfuerzo en este sentido a sabiendas del riesgo de cometer imprecisiones, así como de pérdidas de matices y sutilezas.

A. DIFERENTE VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS CONTENIDOS EN EL ART. 10 LDC

Hay un primer grupo de sentencias en las que la Audiencia Nacional reduce la multa impuesta por el TDC como consecuencia de llevar a cabo una valoración distinta de los elementos previstos en el art. 10 LDC.

Entre estos casos, la pionera es la Sentencia de 19 de septiembre de 1994 que confirma la Resolución del Tribunal de 14 de julio de 1992 (expte. 308/91, Funerarias Cataluña), salvo en lo relativo a la sanción impuesta al imputado que la reduce de 75 a 5 millones de pesetas.

En esta Sentencia, frente a los criterios utilizados por el TDC para determinar la sanción, que se basaban, fundamentalmente, en la modalidad de la infracción y el alcance amplio de la misma al llevarse a cabo desde una asociación que agrupaba a un gran número de empresas, la Audiencia Nacional contraponen otros criterios para valorar la proporcionalidad como son «*la breve duración de los acuerdos y la escasa inci-*

¹ Comunicación de la Comisión, Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (DOCE, núm. C 9, de 14 de enero de 1998, p. 3).

dencia que tuvieron en el desenvolvimiento de las actividades de la denunciante y del mercado relevante».

Mientras el TDC había centrado su análisis para cuantificar la multa, fundamentalmente, en el tipo de conducta y el agente involucrado, la Audiencia Nacional otorga mayor valor a los efectos reales de dicha conducta en el mercado.

Los criterios manejados por la Audiencia Nacional no desvirtúan los utilizados por el TDC en su Resolución para determinar la sanción a imponer, como de hecho así expresa la propia Sala, sino que, simplemente, los matizan.

No obstante, en esta pionera Sentencia ya se vislumbra por parte de la Audiencia Nacional una primera asociación del criterio de proporcionalidad en materia de defensa de la competencia a la afectación real del mercado por parte de la conducta infractora.

Esta circunstancia se ve confirmada en la Sentencia de 27 de marzo de 2000, que resuelve un recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de 12 de febrero de 1997 (expte. 383/96, Fabricantes de lencería), en la línea de confirmar el fondo de la resolución pero reducir las multas impuestas a los infractores.

En este caso, la reducción de la multa se basa en que *«la afectación real de la competencia, dada la trascendencia que en el tiempo y en el mercado tuvieron tanto la fijación de precios como la recomendación»*, no justifica la sanción impuesta por el TDC.

De nuevo, la Audiencia Nacional opta por un análisis basado en los efectos reales en el mercado frente al del Tribunal, más centrado en la gravedad inherente a la modalidad de la conducta.

Otro caso, no relacionado directamente con la medición de los efectos reales de la conducta en el mercado, pero también dentro del abanico de criterios previstos por el art. 10 LDC es el de la Sentencia de 30 de octubre de 2003, que estima parcialmente el recurso presentado por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba contra la Resolución del Tribunal de 5 de noviembre de 2000 (expte. 471/99, Odontólogos Córdoba).

En este caso, la multa impuesta por el TDC se reduce de 7 a 4,5 millones de pesetas. La Sala comienza aprobando la decisión del Tribunal al señalar que *«resulta suficientemente razonada la determinación de la cuantía de la multa»* en función de los criterios establecidos en el art. 10 LDC.

No obstante, posteriormente corrige el importe definitivo de dicha multa *«como consecuencia de las consideraciones efectuadas acerca de la improcedencia de sancionar una de las dos conductas imputadas a la recurrente»*.

La Resolución del TDC imputaba a la denunciada la comisión de dos conductas prohibidas: la aprobación de unos estatutos limitadores de la competencia y la aprobación y emisión de una circular igualmente limitadora de la competencia.

Por su parte, la Sala de la Audiencia Nacional considera que no está probado que la denunciada cometiera la primera conducta, por lo que la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia se limita a la segunda conducta; siendo éste el motivo señalado en la Sentencia para reducir la multa impuesta por el TDC.

Creo que se trata de una decisión adecuada y congruente con lo previsto en el art. 10 LDC y, en particular, en la letra *a*) de su apartado segundo que señala «*la modalidad y alcance de la restricción de la competencia*» como uno de los criterios para graduar la multa. Parece razonable que si la Audiencia Nacional considera que la infracción se ha limitado a la realización de una única conducta, en lugar de las dos conductas declaradas por el TDC en su Resolución, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia sea menor y, por tanto, la cuantía de la multa también deba ser inferior.

Una situación similar se produjo en el caso de la Sentencia de 8 de noviembre de 2001 que estima en parte el recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de 23 de diciembre de 1997 (expte. 404/97, Mar-molistas Madrid).

En este caso, la Resolución del TDC declaraba la existencia de dos infracciones distintas: una del art. 1 LDC y otra del art. 6 LDC, y asociaba una multa distinta a cada una de estas infracciones. Sin embargo, la Audiencia Nacional considera en su Sentencia que no existe abuso de posición de dominio, por lo que la infracción se limita al art. 1 LDC y, por tanto, determina que debe eliminarse la multa correspondiente a la inexistente infracción del art. 6 LDC (110 millones de pesetas) manteniendo la correspondiente al acuerdo colusorio (2,5 millones de pesetas para cada una de las infractoras).

En esta ocasión, la decisión de la Audiencia Nacional era más sencilla, y previsible, porque el propio TDC había asociado una parte de la multa a cada tipo de infracción, por lo que al desaparecer una de las infracciones desaparece automáticamente la multa correspondiente. De nuevo, estamos ante la utilización de los criterios establecidos en la letra *a*) del art. 10.2 LDC: en la medida que se trata de una infracción a un solo artículo de la Ley en lugar de los dos sancionados por el TDC, es razonable concluir que la modalidad y alcance de la restricción de la competencia es menor.

En otro orden de cosas, pero dentro de los criterios establecidos por el art. 10 LDC, encontramos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2002 que estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de 21 de enero de 1999 (expte. 412/97, BT/Tele-

fónica) en el sentido de ordenar a la Administración que proceda a «*graduar la sanción sin consideración a la reiteración como criterio*».

En su Resolución el TDC había considerado que la reiteración era un elemento agravante para la fijación de la cuantía de la multa dado que la infractora ya había sido sancionada en dos ocasiones anteriores por la comisión de sendos abusos de posición de dominio.

Por su parte, la Audiencia Nacional considera que no se puede aplicar el criterio de reiteración cuando se trata de Resoluciones que se encuentran recurridas y, por tanto, no son firmes. Para llegar a esa conclusión la Audiencia Nacional distingue entre los términos de reincidencia y reiteración recordando que el art. 10 LDC se refiere al segundo de ellos y que, aunque no venga expresamente requerido por dicho artículo, es doctrina asentada que para «*otorgar relevancia jurídica a tal reiteración es necesario que la misma exista en cuanto las conductas en las que se encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme*».

La Sala concluye que una de las Resoluciones señaladas por el TDC para considerar el elemento agravante de reiteración estaba aún pendiente de recurso (de casación contra una sentencia de la propia Audiencia Nacional que confirmaba la Resolución del TDC declaratoria de la infracción) y que la otra Resolución era demasiado antigua (un expediente iniciado en 1980) para ser tenida en cuenta a estos efectos.

Más allá de compartir o no esta interpretación del criterio de reiteración contemplado por la letra f) del art. 10.2 LDC, es importante no olvidar que según la interpretación hecha por la Audiencia Nacional, se puede producir la hipotética situación según la cual un antiguo monopolio pueda abusar continuamente de su posición de dominio sin que quepa aplicar dicho criterio a la hora de fijar la cuantía de la multa porque cada una de las infracciones anteriores pueda estar pendiente de los correspondientes recursos judiciales (en la Audiencia Nacional o en el Tribunal Supremo). Esta situación se podría extender durante varios años limitando de cierta manera la acción punitiva de la Administración ante unas infracciones graves en un tipo de mercado en rápido movimiento y con fuertes asimetrías entre los diversos competidores.

Teniendo en cuenta esta posibilidad teórica sería importante que el legislador tratara de adoptar alguna medida técnica en la reforma legislativa en curso que buscara evitar la materialización de esta situación.

Por otro lado, cabe señalar que las Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas señalan como elemento agravante para la fijación de la cuantía de las multas el de «reincidencia», lo que parece indicar que la diferenciación entre los conceptos de «reiteración» y «reincidencia» no es excesivamente relevante, al menos, a nivel de las normas comunitarias de competencia.

Es indudable que esta diferenciación existe. Mientras la reincidencia se entiende como una circunstancia agravante de la responsabilidad derivada de condenas anteriores por infracciones análogas a la imputada, la reiteración no exige esa identidad de infracciones, sino únicamente de sujeto infractor. No obstante, no está clara la relevancia de esta distinción desde el prisma de las normas de defensa de la competencia y, sobre todo, desde el punto de vista de la limitación a la acción punitiva de la Administración en los hipotéticos casos planteados anteriormente.

B. UTILIZACIÓN DE OTROS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR NO CONTENIDOS EN EL ART. 10 LDC

Al margen de estas sentencias que contemplan, en mayor o menor medida, criterios previstos por el art. 10 LDC para reducir o anular las multas impuestas por el Tribunal, existe otro grupo, en el que la Audiencia Nacional se acerca al criterio de la proporcionalidad desde la valoración de principios del procedimiento sancionador administrativo no recogidos directamente por dicho art. 10.

En primer lugar, tendríamos los casos relativos a la supuesta colaboración de los imputados con la Administración y su rectificación posterior de la conducta sancionada.

Buen ejemplo del uso de estos argumentos son las Sentencias de 22 de marzo, 17 de abril y 11 de mayo de 2000, que resuelven sendos recursos presentados contra la Resolución del Tribunal de 12 de febrero de 1997 (expte. 383/96, Fabricantes de lencería) reduciendo las multas impuestas.

En la Sentencia de 22 de marzo de 2000, el argumento de la Sala de la Audiencia Nacional es «*la absoluta colaboración de la recurrente con la Administración y la rectificación de la actuación inicial dejando de fijar el precio final limitándose a sugerirlo*». Las Sentencias de 17 de abril y 11 de mayo de 2000 manejan argumentos similares a éste.

Se trata de un elemento que, como señalaba anteriormente, no está presente en las normas nacionales de competencia. Sin embargo, sí encontramos una referencia expresa al criterio de colaboración con la Administración y la rectificación posterior de las conductas en las Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas que consideran este elemento como una circunstancia atenuante a la hora de la fijación de la cuantía de la multa.

Al margen de estas sentencias y del elemento de colaboración con la Administración, pero igualmente en la línea de consideraciones no incluidas en el art. 10 LDC, cabe señalar también la Sentencia de 12 de noviembre de 2001, que estima en parte el recurso interpuesto contra la Resolu-

ción del Tribunal de 14 de septiembre de 1998 (expte. 438,98, Interflora) reduciendo la multa impuesta de 35 a 5,1 millones de pesetas.

En este caso, el argumento de la Sala se basa en considerar que el dato de negocio del infractor que debe tenerse en cuenta para fijar la multa es el del beneficio «*en concepto de comisión que obtiene del volumen de negocio de las tiendas incorporadas a su red de distribución*».

De esta manera, la Sala entiende que el porcentaje del 1,4 por 100 sobre la facturación de la infractora, que ha utilizado el TDC para fijar la sanción, debe trasladarse a los beneficios obtenidos en concepto de comisión y, de ello, se deriva que la cuantía correcta de la sanción deba ser de 5.144.223 pesetas en lugar de los 35 millones de pesetas impuestos por el TDC.

Se trata de una cuestión similar a la mencionada anteriormente en el caso de las Sentencias de 19 de septiembre de 1994 y 27 de marzo de 2000. Mientras en estos casos la Audiencia Nacional aplicaba el criterio de proporcionalidad relacionando los efectos de la conducta con el daño real infligido al mercado correspondiente, en el caso de la Sentencia de 12 de noviembre de 2001 la relación de los efectos de la conducta se establece con el beneficio obtenido por el infractor fruto de la misma.

Distinto es el caso de la Sentencia de 16 de octubre de 2003, que reduce la multa impuesta por la Resolución del Tribunal de 19 de enero de 2000 (expte. 453/99, Expertos Inmobiliarios 3) de 36.060,7 a 9.000 euros (un 75 por 100).

El argumento manejado por la Sala para decretar esta reducción es que debe atenderse al «*presupuesto anual de la recurrente*» para determinar correctamente la cuantía de la multa. En este caso no se vislumbra claramente la relación de este concepto económico con los efectos de la conducta, bien en términos de daño al mercado o de beneficios extraídos por el infractor, por lo que no cabe apelar a la utilización del criterio de proporcionalidad desde este punto de vista.

Parece tratarse más bien de un elemento de referencia respecto a la capacidad económica del infractor. Sin embargo, el art. 10 LDC establece su propio parámetro de proporcionalidad al señalar el «*volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal*» como referencia sobre la que calcular el límite máximo del 10 por 100 de multa imponible.

Encontramos un ejemplo similar en la Sentencia de 22 de septiembre de 2003, que estima el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de 23 de mayo de 2000 (expte. 462/99, Autoescuelas Tenerife), en lo relativo a la multa, reduciéndola de 42.070,85 a 9.000 euros.

El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comienza haciendo referencia a los criterios establecidos en el art. 10 LDC, señalando que *«en el presente caso no existe reiteración de la conducta, el alcance y la eficacia de la misma ha sido muy limitado, y la duración de la conducta ha sido temporalmente limitada, aunque ciertamente su ámbito geográfico se extiende a la provincia completa»*.

Sin embargo, en la siguiente frase la Sentencia se desvía de dichos criterios y justifica la reducción de la multa *«en atención a las circunstancias concurrentes y muy singularmente tomando en consideración la capacidad económica de la recurrente»*. Esta «capacidad económica» viene relacionada por la Sala con las cifras de beneficios de la recurrente en los balances anuales de 1995 y 1994 (10,2 millones y 13 millones de pesetas, respectivamente).

De nuevo, cabe hacer el mismo comentario anterior: la Ley de Defensa de la Competencia fija su propio criterio para medir la «capacidad económica» del infractor y, de esta forma, considerar el elemento de proporcionalidad a la hora de fijar la cuantía de la multa. El legislador ha entendido que dicha «capacidad económica» viene determinada por el *«volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal»*.

A modo de curiosidad cabe decir que en este caso la Audiencia Nacional podría haber acudido al mismo criterio utilizado en la *Sentencia de 11 de abril de 2003*, en la que ante un expediente también relativo al mercado de las autoescuelas (expte. 461/99, Autoescuelas Alcalá) decidió reducir la multa impuesta por el TDC acudiendo a los precedentes establecidos por éste y diseñando un mecanismo de simulación según el cual la multa a fijar a la Asociación habría de ser ligeramente inferior a la obtenida de multiplicar el número de autoescuelas implicadas por 100.000 pesetas.

Si ese mismo criterio se hubiera aplicado al caso de las Autoescuelas de Tenerife, la cifra final obtenida habría sido muy cercana a los 9.000 euros en los que efectivamente la Sala fijó la multa definitiva. Considero que apelar al criterio de igualdad de trato basado en los precedentes hubiera sido más adecuado que acudir a un criterio ajeno a lo establecido por las normas de competencia como es el de «capacidad económica de la recurrente».

Sólo encontramos una referencia al concepto de «capacidad económica» en las Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas, pero el enfoque es completamente distinto al señalarse que, a la hora de fijar la cuantía de la multa, *«será necesario tomar en consideración la capacidad económica efectiva de los autores de la infracción para infligir un daño importante a los demás operadores, sobre todo, a los consumidores»*.

El sentido en el que estas Directrices valoran el concepto de «capacidad económica» es distinto al dado por la Audiencia Nacional. Mientras ésta se refiere a la capacidad económica del infractor para hacer frente al pago de la multa impuesta, la Comisión Europea se refiere a la «capacidad económica» como aptitud del infractor para hacer daño a otros competidores o a los consumidores.

La corrección de esta interpretación no deja lugar a dudas con la continuación de la frase incluida en las mismas Directrices: *«y fijar un importe que dote a la multa de un carácter lo suficientemente disuasorio»*.

C. UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE DIFÍCIL INCARDINACIÓN

Existen también otros casos en los que la Audiencia Nacional ha utilizado criterios de difícil categorización. Se trata, por ejemplo, de la Sentencia de 21 de junio de 2002, que reduce la multa impuesta por la Resolución del Tribunal de 19 de noviembre de 1999 (expte. 446/98, Arquitectos Madrid) al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid de 9 a 5 millones de pesetas utilizando como argumento principal «el examen de los antecedentes obrantes en esta Sala, ponderando las distintas conductas en su momento sancionadas, la cuantía de las multas entonces impuestas, y la justificación dada por la Resolución ahora impugnada a la señalada junto a los importes afectados».

En este caso es más difícil identificar la línea doctrinal que ha llevado a la Audiencia Nacional a reducir la multa impuesta por el TDC. La parte final del argumento, «junto a los importes afectados», parece decantarse, de nuevo, por asociar la aplicación del criterio de proporcionalidad a los efectos de la conducta en el mercado. En todo caso, se trata de una referencia más confusa o ambigua que en las Sentencias mencionadas en los apartados anteriores.

D. LA DESIGUALDAD DE TRATO

Más claro es el cuarto tipo de casos en los que la sentencia de la Audiencia Nacional reduce la multa impuesta por el TDC aduciendo la existencia de un trato desigual ante unos mismos hechos.

Así, encontramos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 1999, que confirma la Resolución del Tribunal de 12 de diciembre de 1996 (expte. 376/96, Carteles Sidra) en cuanto al fondo, pero reduce la multa impuesta a una de las infractoras de 2 a 1 millón de pesetas.

En este caso, el argumento utilizado por la Audiencia Nacional para esta reducción del 50 por 100 de la multa impuesta por el TDC es que *«la Administración ante dos hechos iguales no puede imponer sanciones distintas, salvo que concurren circunstancias que así lo justifiquen, debiendo razonar quien sanciona cuáles son las circunstancias; o al menos debiendo inferirse cuáles son éstas con nitidez del expediente y la resolución administrativa»*.

Se trata de un argumento muy razonable dado que la Resolución del Tribunal, entre otras cuestiones, señalaba como co-responsables de una infracción del art. 1.1.a) LDC a la Asociación Asturiana de Cosecheros de Manzana Asturiana de Sidra y a la Asociación de Lagareros de Asturias. Sin embargo, mientras a la primera le había impuesto una multa de dos millones de pesetas; en el caso de la segunda, la multa se había limitado a un millón de pesetas.

Esta diferencia de trato no estaba justificada en el texto de la resolución y, por ello, acertadamente, la Audiencia Nacional decide proceder a la equiparación.

Similar situación se produce en el caso de la *Sentencia de 11 de abril de 2003*, que estima el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de 9 de marzo de 2000 (expte. 461/99, Autoescuelas Alcalá), en lo relativo a la multa, reduciéndola de 15 a 6 millones de pesetas.

En este caso, la Audiencia Nacional señala que a la hora de imponer multas *«debe valorarse el precedente establecido por el propio órgano administrativo sancionador»*. En lo relativo a este expediente, la Sala considera que, teniendo en cuenta resoluciones anteriores del TDC relativas a conductas similares en el mismo mercado, parecería razonable calcular la cuantía de la sanción partiendo de una hipotética multa de 100.000 pesetas a cada una de las 80 autoescuelas imputadas, lo que totalizaría 8 millones de pesetas.

No obstante, la Audiencia Nacional acota aún más este mecanismo al señalar que *«no es conforme a Derecho el trasladar automáticamente la suma del total de las sanciones que se habrían impuesto a los asociados individualmente a la Asociación, por lo que razonablemente se estima más conforme a Derecho una multa por importe de 6 millones de pesetas»*.

El argumento de la imposibilidad de trasladar automáticamente el importe hipotético de la suma de las sanciones individuales a la Asociación es criticable, dado que no se sustenta sobre ningún principio establecido del procedimiento administrativo sancionador y, de hecho, parece ir en contra de las comunicaciones desarrolladas por la Comisión Europea en esta materia.

En este sentido, en las Directrices de la Comisión para el cálculo de las multas se señala que en los asuntos en que participen asociaciones de

empresas y no resulte viable la imposición de multas individuales «*se impondrá a la asociación una multa global (...) equivalente a la totalidad de las multas individuales que hubieran podido ser impuestas a cada uno de los miembros de la asociación*». Estas Directrices no contemplan minoración alguna a la suma de las multas individuales.

Por otro lado, y con relación al criterio de igualdad de trato o de atención a los precedentes, creo que los argumentos esgrimidos por la Sala de la Audiencia Nacional son positivos para la autoridad administrativa, puesto que suponen un recordatorio de la necesidad de justificación detallada de sus decisiones como no puede ser de otra manera en el marco de un procedimiento sancionador y, sobre todo, de fijar una línea doctrinal homogénea y coherente en materia de multas.

No obstante, en este caso se echa en falta que la Sentencia de la Audiencia Nacional mencione a qué precedentes concretos se refiere y el método por el que llega a considerar que de dichos precedentes se infiere que la multa individual a considerar para cada autoescuela deba ser de 100.000 pesetas.

El texto de la Sentencia se limita a señalar que dicha desigualdad de trato se obtiene de «*la propia comparación que establece la recurrente*» en otros supuestos en los que el TDC ha decidido imponer multas por prácticas similares en el mismo sector de las autoescuelas.

La Sentencia podría estar refiriéndose a la Resolución de 18 de diciembre de 1998 (expte. 421/97, Autoescuelas Collado-Villalba), en la que se impusieron multas individuales a las seis autoescuelas infractoras que abarcaban desde las 50.000 pesetas a las 270.000 pesetas, en función del volumen de facturación de cada una de ellas.

Otro caso que podría ser considerado también como precedente en el sentido de la Sentencia señalada es el de la Resolución de 5 de junio de 1997 (expte. 391/96, Autoescuelas Linares), en la que las multas individuales impuestas a las once autoescuelas infractoras abarcaban cifras que oscilaban desde un mínimo de 39.000 pesetas hasta un máximo de 355.000 pesetas, igualmente en función del volumen de facturación de cada una de ellas.

En cualquier caso y suponiendo que sean éstos los precedentes a los que se refiere la Sentencia de la Audiencia Nacional, la doctrina del TDC parece ser la de asociar cada multa al nivel de facturación de cada autoescuela. En todo caso, ante la dificultad de cuantificar individualmente la multa a imponer a las 80 autoescuelas implicadas en el expediente que da lugar a la Sentencia de 11 de abril de 2003 parece razonable la decisión de la Audiencia Nacional de fijar un promedio único a aplicar en las 100.000 pesetas por autoescuela.

E. LA EXISTENCIA DE CONFUSIÓN NORMATIVA

Otro elemento utilizado en ocasiones para reducir o anular la multa impuesta por el TDC es el de la existencia de confusión normativa². Esta interpretación, además de incardinarse entre los principios básicos del procedimiento sancionador, también encuentra un referente en las Directrices de la Comisión Europea sobre el cálculo de multas en las que se señala que deberá considerarse como una circunstancia atenuante «*la existencia de una duda razonable de la empresa en cuanto al carácter ilícito del comportamiento restrictivo*».

El primer comentario que cabe hacer al respecto es constatar que la Comisión Europea trata esta cuestión como una atenuante pero no como una exigente de la imposición de multa. En segundo lugar, el propio tenor literal de las Directrices nos invita a pensar que se trata de una atenuante para cuya aplicación debe apelarse a la *rule of reason* y, en todo caso, debe hacerse con suma precaución.

En este caso también el Tribunal Supremo ha acudido a este argumento de confusión normativa para reducir la multa impuesta por el Tribunal, como muestra la Sentencia de 23 de marzo de 2005, que resuelve el recurso de casación presentado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2002, que estimó parcialmente el recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 1999 (expte. 412/97, BT/Telefónica).

A la hora de valorar el método de fijación de la cuantía de la multa utilizado por el TDC, el Tribunal Supremo comienza por aceptar las conclusiones de aquél en cuanto a las consideraciones relativas a que «*el abuso de posición de dominio es una de las infracciones más graves desde la perspectiva de defensa de la competencia*», la delimitación del mercado afectado, la determinación de la cuota de mercado de la infractora, el establecimiento de la duración de la restricción de la competencia y el carácter reiterativo de las conductas.

Sin embargo, la Sala del Tribunal Supremo considera que la Resolución del TDC no aprecia adecuadamente las implicaciones de la confusión normativa reinante en el momento de los hechos denunciados como atenuante de la responsabilidad de la infractora.

En palabras del Tribunal Supremo:

² La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2005, que estima el recurso presentado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2002, que desestimaba el recurso contencioso-administrativo planteado contra la Resolución del TDC de 19 de noviembre de 1998, considera la existencia de confusión normativa, incluso, como exigente de la declaración de infracción a la LDC.

«En efecto, relacionado como está, por un lado, con las circunstancias singulares de la regulación del mercado en las fechas de autos y, por otro, con las dudas sobre la legalidad de la situación de BT dentro de él, una y otra circunstancia hacen aconsejable modular el importe de aquélla —ya moderado, de suyo, por el Tribunal de Defensa de la Competencia— reduciéndolo a la cifra de trescientos millones de pesetas».

De esta forma, la Sala del Tribunal Supremo reducía la multa impuesta por el TDC de 580 a 300 millones de pesetas aduciendo la existencia de confusión normativa, en lo relativo al proceso de liberalización de las telecomunicaciones, atenuante de la responsabilidad del infractor.

Creo que el elemento de confusión normativa como atenuante de la responsabilidad subjetiva debe tomarse en cuenta en cualquier procedimiento administrativo sancionador, pero, en este caso concreto, resulta difícil entender que una empresa de las dimensiones del antiguo monopolio del sector de las telecomunicaciones, con su capacidad financiera y de asesoramiento legal, tuviera dificultades para entender correctamente si su actuación se desarrollaba conforme a las normas de competencia, incluso, en un entorno de liberalización en el que la regulación sectorial evoluciona con cierta rapidez.

A esta misma conclusión había llegado la *Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2002* que fue objeto del recurso de casación que dio lugar a esta Sentencia del Tribunal Supremo.

La Audiencia Nacional rechazaba la existencia de confusión normativa al afirmar que *«su incapacidad para actuar directamente frente al competidor que se considera ilegítimo —sin perjuicio de utilizar las vías legales— no podía ser desconocido para la actora, pues es algo de público conocimiento»*. El argumento de la Sala continúa en la misma línea al expresar que a la infractora, *«en cuanto que estaba vinculada por unas tarifas que debía aplicar a todos, tampoco podía serle desconocido, y que la aplicación de los precios en la forma en que lo hizo podía causar un perjuicio a su competidor, tampoco podía serle desconocido (sic)»*. El razonamiento de la Audiencia Nacional terminaba de forma contundente señalando que *«no es admisible la ignorancia de los efectos de tales cláusulas en el mercado, en el que se opera de manera permanente»*.

En esta ocasión parece más adecuado el acercamiento de la Audiencia Nacional al tema de la confusión normativa y más acorde con la posición de mercado de la infractora, así como con la propia capacidad de asesoramiento legal de una empresa de las dimensiones de la infractora.

Por el contrario, la Audiencia Nacional sí se acogió a este criterio de confusión normativa, conjuntamente con el de ausencia de responsabilidad objetiva o por el resultado, en su Sentencia de 23 de febrero de 1998 que anula la multa impuesta por la Resolución del Tribunal de 28 de julio de 1994 (expte. 339/93, COAM).

La Sala considera que en este caso cabe declarar la existencia de confusión normativa porque la Ley 2/1974, de 13 de febrero, que regulaba la actuación de los colegios profesionales permitía que éstos actuaran tanto como Administración Pública como operadores privados. De la misma forma, también era susceptible de generar confusión, a juicio de la Sala, el argumento de las recurrentes de que actuaban bajo el amparo legal previsto por el art. 2 LDC en la medida que existía un Reglamento interno de concursos que, según la recurrente, daba cobertura a la actuación reprochada.

Ante esta dualidad de personalidad jurídica y ante la posible cobertura de dicho Reglamento, la Sala entiende que el colegio profesional imputado pudo actuar confundido y no ser consciente de estar infringiendo las normas de la competencia. Esta circunstancia no es óbice para declarar la infracción, pero sí es determinante, a juicio de la Audiencia Nacional, para anular la multa.

Este elemento de confusión se ve confirmado, según la Sala, por la rectificación posterior de la conducta del Colegio imputado que supone *«una evidente falta de intención en obstaculizar la realización del proyecto seleccionado»* y, por tanto, de restringir la competencia.

En este caso, la Audiencia Nacional ampara su decisión en el hecho de que *«no puede imponerse sanción alguna cuando no concurra dolo o negligencia en la comisión»* de la conducta limitadora de la competencia.

Esta Sentencia fue, posteriormente, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2003.

En esta ocasión, y teniendo en cuenta el momento en que se produce la conducta imputada, parece razonable alegar la existencia de confusión normativa, puesto que la reforma de la Ley de Colegios Profesionales, que aclara la situación jurídica de estos órganos, así como su plena sujeción a las normas de la competencia, no entra en vigor hasta varios años más tarde, en 1997.

En el mismo campo de los colegios profesionales encontramos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2004, que estimó en parte el recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de 14 de diciembre de 2000 (expte. 481/99). En este caso, la situación es distinta a la del expediente que motiva la Sentencia anterior por el momento temporal, en el que se lleva a cabo la conducta.

La Sentencia de la Sala mantiene la declaración de infracción del art. 1 LDC realizada por el Tribunal, pero anula la multa impuesta por éste (25 millones de pesetas) aduciendo la existencia de confusión normativa y, por tanto, la ausencia de elemento subjetivo.

En concreto, la infracción se basaba en el mantenimiento por parte del Colegio de Administradores de Fincas de Sevilla y Huelva de unos

Estatutos que contenían cláusulas limitativas de la libertad de honorarios y de la libertad de publicidad de sus miembros una vez había entrado en vigor la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales que ya no amparaba tal tipo de conductas.

Esta Ley dotaba de una nueva redacción al art. 2.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, que rezaba lo siguiente: *«el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia»*.

No obstante, la Sala de la Audiencia Nacional consideró que *«hasta la fecha de publicación de la Ley citada y aun después de la misma puede afirmarse que subsistían dudas sobre el alcance de las potestades de los Colegios Profesionales en relación, especialmente, con la prohibición de la publicidad de sus colegiados»*.

Todo ello a pesar de que el TDC había declarado expresamente esta prohibición en varias de sus Resoluciones anteriores, en particular, las de 5 de octubre (expte. 471/99, Odontólogos Córdoba) y 18 de enero de 2000 (expte. 455/99, Abogacía Española).

Con afirmaciones tan claras como la de la nueva redacción del art. 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales y las contenidas en Resoluciones del TDC sobre la materia no parece fácil apelar a la existencia de confusión normativa como circunstancia eximente de la imposición de multas.

Similar argumentación es la que plantea la Audiencia Nacional en su Sentencia de 15 de febrero de 2000 que estima el recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de 31 de julio de 1996 (expte. 363/95, Cosméticos Farmacia).

En este caso, la confusión no se origina por una concurrencia de normas supuestamente discrepantes, sino porque, según la Sala, diversos pronunciamientos de la Comisión Europea en asuntos relacionados con la distribución de productos farmacéuticos podrían haber hecho pensar a la imputada *«que la venta en exclusiva en farmacias era conforme con la libre competencia»* y, por tanto, *«no existiría elemento intencional o negligente en su actuación»*.

El TDC en su Resolución ya había analizado este asunto señalando que se trataba de *«una ignorancia no disculpable, en todo caso, porque estos acuerdos estaban ya incluidos en la LDC anterior de 1963 y el Tribunal se ha pronunciado sobre ellos en diversas ocasiones»*. Por tanto, no se trata de un elemento que no hubiera sido valorado por el TDC, sino que lo había hecho, y profundamente, llegando a la conclusión de que no existían dudas respecto al tratamiento dado a este tipo de acuerdos ni por la normativa nacional o comunitaria de defensa de la competencia ni por la

jurisprudencia.

En fin, creo que este grupo de Sentencias que basan la reducción o anulación de la multa impuesta por el TDC en la existencia de confusión normativa hacen una interpretación de este elemento demasiado benevolente con el infractor que, en ocasiones, no tiene en cuenta su posición real en el mercado ni la existencia de guías aclaratorias suficientes como pueden ser la propia claridad de las normas reguladoras o las Resoluciones anteriores del TDC sobre materias similares.

3. CONCLUSIONES

No obstante y más allá de estas discrepancias puntuales, el examen detenido de la actuación de los órganos judiciales en materia de defensa de la competencia nos debe llevar a dos conclusiones claras e indudables.

La primera es el importante respaldo que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han dado a las actuaciones del TDC en estos casi quince años en los que la Ley de Defensa de la Competencia ha estado en vigor.

Y la segunda conclusión se deriva de aquellos casos en los que las decisiones del TDC han sido anuladas. En estos casos, la actuación de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo ha sido de extraordinario valor para el desarrollo del modelo de defensa de la competencia en España porque ha guiado a las autoridades administrativas en un aspecto clave de su potestad sancionadora como es la política de multas.

Los razonamientos incluidos en las Sentencias anteriormente señaladas han servido al TDC para depurar su valoración de elementos claves para la fijación de la cuantía de las multas, como son la proporcionalidad, la colaboración con la Administración, los efectos reales en el mercado o la existencia de confusión normativa.

Más allá de discrepancias puntuales, casi todas las Sentencias analizadas introducen argumentos que matizan las decisiones del TDC en materia de multas con el ánimo de dotarlas de mayor coherencia y, de esta forma, conducir hacia un sistema más predecible y con mayores dosis de seguridad jurídica.

Para que ello sea así también parece oportuno que la reforma legislativa en curso tome en consideración algunas modificaciones en esta materia. De la misma forma, podría ser interesante que la nueva autoridad de competencia valore la importancia de elaborar unas directrices sobre el cálculo de multas similares a las de la Comisión Europea.

