

EL CÁLCULO DE LAS SANCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU APLICACIÓN POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Luis BERENGUER FUSTER *

Senior Advisor de Broseta y ex-presidente de la Comisión Nacional de la Competencia

Sergio BACHES OPI *

Socio de Broseta (director del Área de Competencia)
y Dr. en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el método de cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC») y de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el «TFUE») ha sido objeto de interpretación dispar por la Audiencia Nacional («AN») y el Tribunal Supremo («TS»), creando entre 2013 y principios de 2015 una situación de enorme incertidumbre e inseguridad jurídica entre los operadores económicos, los profesionales del Derecho y las propias autoridades españolas de defensa de la competencia (tanto estatales como autonómicas)¹.

La STS de 29 de enero de 2015², confirmada por otras posteriores³ marcó un punto de inflexión en este ámbito y mitigó el grado de incertidumbre

* Los autores agradecen la colaboración de Lola NOGUERA ALBA en la recopilación de algunos de los materiales para la preparación y redacción de este artículo. Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivas de los autores y no vinculan a ninguna otra persona, despacho, empresa o entidad. Este artículo no constituye asesoramiento jurídico de ningún tipo y está escrito con una finalidad meramente académica. Los autores desean manifestar que ninguna de las críticas expresadas en este artículo en relación con la práctica decisoria de la CNMC debe interpretarse o percibirse como una minusvaloración u obliteración de la labor que diariamente realizan los funcionarios de la CNMC y que todas ellas se realizan desde el más absoluto respeto.

¹ C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, Sección Estudios, segundo semestre de 2014, p. 8. La autora es subdirectora de Vigilancia en la Dirección de Competencia de la CNMC.

² STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015. Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona.

(Véase nota 3 en página siguiente)

existente acerca de la interpretación de los criterios para la cuantificación de las sanciones previstos en los arts. 63 y 64 de la LDC y su aplicación conforme al principio de proporcionalidad que informa el Derecho administrativo sancionador en nuestro ordenamiento⁴.

Con carácter introductorio, conviene destacar que el régimen sancionador recogido en la LDC es válido solo con respecto a las infracciones derivadas de las conductas prohibidas en los arts. 1, 2 y 3 de la LDC, sino también cuando la CNMC aplica en España los arts. 101 y 102 del TFUE, puesto que es pacífico, y así se desprende del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 (ahora 101 y 102 del TFUE) (el «Reglamento 1/2003»), que las autoridades nacionales pueden remitirse a las normas de sus respectivos procedimientos nacionales cuando aplican las normas sustantivas europeas. En este sentido ha sido interpretado el art. 5 del Reglamento 1/2003, que establece que las autoridades de los Estados miembros son competentes para aplicar los arts. 101 y 102 del TFUE en sus territorios y que, entre otras medidas, pueden imponer «multas sancionadoras», «multas coercitivas» o «cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional». En consecuencia, la actuación de las autoridades españolas de la competencia cuando imponen sanciones también por conductas infractoras de los arts. 101 y 102 se rige por los arts. 63 y 64 de la LDC y el procedimiento previsto en la LDC y en su Reglamento de desarrollo⁵.

Si nos atenemos a la evolución legislativa del régimen sancionador en materia de Competencia, se puede apreciar que con la reforma introducida en el año 2007 el legislador trató de aumentar las garantías constitucionales de los potenciales infractores. La vigente LDC sustituyó el método de cálculo de las multas con arreglo a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (la «Ley 16/1989»), que otorgaba una amplísima discrecionalidad al extinto Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC») para concretar las sanciones⁶, por un sistema en el que se establecen tres horquillas de graduación de las multas en función de su gravedad, clasificándose las infracciones tipificadas en los arts. 1, 2 y 3 de la LDC en leves, graves y muy graves⁷.

En línea con la intención del legislador de 2007 de dotar de una mayor seguridad jurídica y transparencia, en definitiva, de previsibilidad, al

³ Así lo reconoció el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2015, cuando sostiene que el art. 5 del Reglamento 1/2003 no impone un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia y que, en consecuencia, les concede libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión Europea (FJ 6.º).

⁴ Principio específicamente recogido en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y que es tributario del principio de igualdad consagrado en el art. 24 de la Constitución Española.

⁵ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

⁶ Véase el art. 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁷ Art. 62 de la LDC.

método de cálculo de las sanciones por infracciones de la normativa de la competencia en España, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (la «CNC»), haciendo uso de la habilitación legal conferida por la Disposición Adicional tercera de la LDC, adoptó la Comunicación de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2, y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (ahora arts. 101 y 102 del TFUE) (la «Comunicación de 2009»)⁸.

Con la entrada en vigor de la vigente LDC y la posterior adopción de la Comunicación de 2009, en la que se realizó un importante esfuerzo por aclarar el método de cálculo de las multas, se podría haber pensado *a priori* que el método en sí de cuantificación de las sanciones *antitrust* en España quedaba blindado frente a posibles impugnaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, la doctrina de la Audiencia Nacional («AN»), fijada por primera vez en su Sentencia de 6 de marzo de 2013⁹, y la jurisprudencia del TS después, a partir de su Sentencia de 29 de enero de 2015, y en sentido contrario a lo resuelto por la AN, introdujeron cambios significativos en el método de cálculo de las multas previsto en la Comunicación de 2009, tal y como se explicará en este artículo.

Tras la STS de 29 de enero de 2015, los operadores y sus asesores legales tienen por lo menos dos cosas claras: i) que el porcentaje máximo del 10 por 100 que se puede aplicar sobre el volumen de negocios total de la empresa infractora no es un «umbral de nivelación» o factor de moderación de la multa calculada conforme a los criterios de la Comunicación de 2009, sino el máximo de una escala sancionadora que va del 0 al 10 por 100, lo que significa que el método de cálculo de la Comunicación de 2009 no puede seguir aplicándose, y ii) que los porcentajes máximos, que determinan el importe máximo de la posible multa, según la infracción sea leve, grave o muy grave, se aplican al volumen de negocios *total* de la empresa infractora, es decir, no únicamente al volumen de negocios realizado en el mercado afectado por la infracción, como defendía la doctrina de la AN posterior a marzo de 2013.

Pese a estas certezas, la actual situación no elimina los problemas que aquejan al sistema español de defensa de la competencia desde la óptica de los principios de seguridad jurídica, previsibilidad y transparencia, como revelan algunas de las resoluciones que han sido adoptadas por el Consejo de la CNMC con posterioridad al 29 de enero de 2015. En líneas generales, la metodología de cuantificación de las sanciones se sigue percibiendo en el foro como un método poco transparente, que permite una amplia discrecionalidad a la CNMC. Incluso admitiendo que la CNMC puede disponer de

⁸ BOE de 11 de febrero de 2009, núm. 36, Sección III, pp. 14654 y ss. Sobre la naturaleza jurídica de esta Comunicación en nuestro ordenamiento, véase J. C. LAGUNA DE PAZ, «Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 2872/2013)», *Competencia y Distribución*, núm. 12, marzo de 2015, p. 87.

⁹ SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010.

un cierto margen de discrecionalidad en el cálculo de las sanciones, ello no puede servir de excusa para relajar el deber de motivar suficientemente la determinación de las sanciones si se quiere garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las empresas sancionadas¹⁰.

El objetivo principal de este artículo es analizar la evolución en el método de cálculo de las sanciones por infracción de la normativa de la competencia aplicable en España, que, como se ha expuesto, viene delimitado en los últimos años, por un lado, por la doctrina de la AN, que tiene su origen en la citada SAN de 6 de marzo de 2013, y por otro, por la jurisprudencia del TS que, casando parcialmente la doctrina de la AN, fija algunos parámetros para el cálculo de las multas con arreglo a los arts. 63 y 64 de la LDC. Se analiza también cómo ha entendido la CNMC la jurisprudencia del TS en los casos que ha resuelto a partir de finales de enero de 2015, y se apuntan algunas consideraciones de *lege ferenda* que, a nuestro juicio, podrían contribuir a reducir la inseguridad jurídica que todavía se aprecia en la actualidad en este ámbito.

2. LAS SANCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El ejercicio de la potestad sancionadora por la CNMC se materializa principalmente a través de la imposición de multas, existiendo un amplio consenso acerca de la idoneidad de las sanciones pecuniarias para que el Derecho de la competencia alcance uno de sus principales objetivos, como es disuadir a los operadores económicos de realizar conductas anticompetitivas¹¹. La caracterización del Derecho de la competencia como un Derecho sancionador y punitivo de aquellas conductas que constituyen infracciones a la competencia es una noción que se retrotrae al propio origen del Derecho de la competencia moderno, cuya norma más destacada es la Sherman Act estadounidense (1890).

Distanciándose del sistema anglosajón que criminaliza aquellas infracciones muy graves del Derecho *antitrust* sometiéndolas a sanción mediante multa, pena privativa de libertad, o ambas, en el sistema continental europeo impera la potestad de la administración pública en la protección de la concurrencia de competencia efectiva en el mercado. En la Unión Europea, aquellas conductas que infrinjan o puedan infringir el Derecho de la com-

¹⁰ Algunos autores habían destacado, con anterioridad a la SAN de 6 de marzo de 2013, la necesidad de motivar mejor la determinación de las multas en las resoluciones de la CNMC. Véase R. ALLENDESALAZAR y A. RINCÓN, «El cálculo de las multas por la CNC», en *Cuestiones actuales en el procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, capítulo V, Civitas, 2014, pp. 354-355.

¹¹ Siendo el otro gran objetivo la reparación del daño causado por las prácticas restrictivas de la competencia mediante el ejercicio de acciones de daños y perjuicios por los perjudicados contra los infractores de las normas de la competencia. Cfr. C. PASCUAL PONS, «Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia», *Papeles de Economía Española, Regulación y política de defensa de la competencia en España*, núm. 145, septiembre de 2015.

petencia, son sancionadas en vía administrativa a través de la imposición de multas coercitivas y disuasorias. El art. 23.5 del Reglamento 1/2003 establece expresamente que las multas impuestas por infracción del art. 101 o del art. 102 del TFUE no tienen carácter penal. No obstante, en la práctica constantemente se invoca la doctrina de la Sentencia de 29 de septiembre de 2011 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *A. Menarini Diagnostics, S. R. L. c. Italia*¹², que destaca que algunas multas, en atención a su elevada cuantía, revisten carácter penal¹³.

En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador español, en consonancia con la línea seguida por otros ordenamientos jurídicos europeos, ha venido dotando al Derecho de la competencia de un marcado carácter sancionador con el objetivo de disuadir a los operadores económicos de atentar contra el buen funcionamiento del mercado a través de la imposición de multas coercitivas. Precisamente por ello, el régimen sancionador en materia de defensa de la competencia pretende evitar que el infractor obtenga un beneficio ilícito superior al importe de la multa impuesta¹⁴.

En la primigenia regulación del Derecho de la competencia en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, ya se estableció un sistema de defensa de la competencia de naturaleza administrativa, si bien con carácter subsidiario se contemplaba el recurso a la jurisdicción ordinaria penal en aquellos supuestos en los que se desobedecieran las intimaciones del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia (el «TDC»)¹⁵. En este contexto jurídico, el TDC estaba facultado para castigar aquellas prácticas contrarias al Derecho de la competencia con «multas de cinco mil a cien mil pesetas», sin perjuicio de que aquellas entidades que desobedecieran las intimaciones del TDC podían ser sancionadas penalmente¹⁶. No nos consta ningún caso en el que esta disposición de remisión al orden penal se llegase a aplicar.

¹² F. Díez Estella y P. Pérez Fernández, «La problemática vigencia de los derechos fundamentales en las multas derivadas de los ilícitos anticompetitivos», *Diario la Ley*, núm. 8611, Sección Doctrina, 23 de septiembre de 2015.

¹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto núm. 43509/2008, *A. Menarini Diagnostics SRL c. Italia*. «41. Quant à la nature et à la sévérité de la sanction “susceptible d’être infligée” à la requérante [*Ezeh et Connors c. Royaume-Uni (GC)*, nos 39665/98 et 40086/98, § 120, CEDH 2003-X], la Cour constate que l’amende en question ne pouvait pas être remplacée par une peine privative de liberté en cas de non-paiement (a contrario, *Anghel c. Roumanie*, núm. 28183/03, § 52, 4 octobre 2007). Cependant, elle note que l’AGCM a prononcé en l’espèce une sanction pécuniaire de six millions d’euros, sanction qui présentait un caractère répressif puisqu’elle visait à sanctionner une irrégularité, et préventif, le but poursuivi étant de dissuader la société intéressée de recommencer. [...] 42. A la lumière de ce qui précède et compte tenu du montant élevé de l’amende infligée, la Cour estime que la sanction relève, par sa sévérité, de la matière pénale [*Öztürk précité*, § 54, et, a contrario, *Inocêncio c. Portugal (déc.)*, no 43862/98, CEDH 2001 I]».

¹⁴ J. E. López Candela, «Perspectivas de futuro del régimen sancionador en materia de defensa de la competencia», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015.

¹⁵ El TDC tuvo originariamente una naturaleza jurisdiccional, transformándose en un organismo administrativo cuando en España fueron abolidas las jurisdicciones especiales.

¹⁶ Véase el art. 27 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Esta Ley fue introducida en España por indicación del Gobierno de los Estados Unidos en el marco de los acuerdos económicos suscritos en los años cincuenta entre España y Estados Unidos, y directamente como parte del paquete modernizador de la economía española contemplado

Con la Ley 16/1989, que deroga la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, se introduce por primera vez en el sistema *antitrust* español una norma con un marco sancionador de gran potencial disuasorio, acompañado de una más que notable voluntad política de aplicarlo efectivamente, lo que ciertamente tiene, que mereció desde la perspectiva de la protección de la libre competencia una valoración positiva¹⁷. El art. 10 de la Ley 16/1989 facultaba en su apartado 1 al TDC para imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones o uniones o agrupaciones de aquellas, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podía ser incrementada hasta el 10 por 100 del «volumen de ventas» correspondiente al ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución del TDC. Y el apartado 2 establecía los criterios a tener en cuenta por el TDC para concretar el importe de la sanción.

El sistema sancionador de la Ley 16/1989 no estuvo exento de críticas. Algunos autores destacaban que no se clasificaban las infracciones en razón de su gravedad (esto es, como leves, graves y muy graves), ni se establecía una graduación (entre un mínimo y un máximo) de las posibles sanciones¹⁸, por lo que el art. 10 de la Ley 16/1989 otorgaba al TDC una enorme discrecionalidad, solo matizada por los criterios de graduación, incluyendo atenuantes y agravantes, previstos en el apartado 2 del mismo precepto. Por ello, se argumentaba que esta regulación no satisfacía las exigencias del principio de legalidad sancionadora derivado del art. 25 de la Constitución Española, siendo, por tanto, inconstitucional¹⁹.

No obstante esta opinión, el TS, en diversas Sentencias (de 6 de marzo de 2003, de 23 de marzo de 2003 o de 29 de mayo de 2013), resolvió que el art. 10 de la LDC no era susceptible de reproche de constitucionalidad porque resulta:

«[...] Inevitable otorgar al TDC un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas de “dosimetría

en el Plan de Estabilización de 1959 (A. CASTAÑEDA BONICHE, «Algunos recuerdos y reflexiones en el cincuentenario de la primera Ley de competencia en España», *50 Aniversario de la primera Ley de Competencia en España*, enero-febrero 2014, núm. 876 ICE).

¹⁷ Algunos comentaristas han argumentado que con el límite porcentual máximo del 10 por 100 (art. 63.1 de la LDC) se está renunciando a que la economía en su conjunto se resarza de un posible «daño social» superior al 10 por 100 de las ventas anuales totales de la empresa infractora, y que, si esta generase con su actividad ilegal un beneficio ilícito igual o superior al 10 por 100 de sus ventas totales anuales, tendría claros incentivos para seguir infringiendo la normativa de competencia (M. CUERDO MIR y J. BRIONES ALONSO, «Cuestiones actuales en el procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia», en *Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia*, capítulo V, 2014, p. 314). Aun siendo un argumento que puede tener su lógica desde un punto de vista económico, entendemos que un régimen sancionador debe ponderar adecuadamente su finalidad disuasoria con la necesidad de respetar el principio de tipicidad sancionadora, que exige proporcionar a las empresas un grado suficiente de certeza acerca de las posibles multas. Asimismo, no se puede descartar que el «daño social» se pueda recuperar por la vía de la aplicación privada del Derecho de la competencia.

¹⁸ J. COSTAS COMESAÑA, «El procedimiento sancionador. Las multas», *GJ*, núm. 1, enero-febrero de 2008, p. 4.

¹⁹ *Ibid.*, refiriéndose al trabajo de S. MEDRANO y P. TRAMOYERS, «El régimen sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia: perspectiva de la inconstitucionalidad por vulneración del principio de legalidad sancionadora», *GJ*, núm. 241, enero-abril de 2006, pp. 61-70.

sancionadora” rigurosamente exigibles. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia [...], y añade [...] estimamos que los apartados primero y segundo del art. 10 no son susceptibles de reproche de inconstitucionalidad [...] Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de este, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la “importancia” de la infracción en cada caso, se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el art. 10, en términos absolutos o relativos [...]» (STS de 6 de marzo de 2003, FJ 10.º)²⁰.

Las sucesivas reformas de la Ley 16/1989²¹ así como la modernización que a raíz de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 había experimentado el Derecho de la competencia de la Unión Europea, y el consecuente y acertado deseo de alinear nuestro Derecho *antitrust* con Derecho comunitario, llevaron finalmente al Gobierno a plantear una reforma de la normativa española de la competencia mediante la aprobación de un nuevo texto legal.

Pese a no haber suscitado ningún pronunciamiento de inconstitucionalidad, y haber sido aceptada su constitucionalidad por el TS mediante el rechazo a plantear cuestiones de inconstitucionalidad, las carencias del sistema sancionador de la Ley 16/1989 no pasaron desapercibidas para el Gobierno y, en última instancia, para el legislador.

En el *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, publicado el 20 de enero de 2005 por el Ministerio de Economía y Hacienda, y sometido a una ejemplar y amplia difusión y consulta pública, se reconocía que la Ley 16/1989 carecía de una tipificación adecuada de las distintas infracciones a efectos de graduación de las multas. Por esta razón, entre sus propuestas de reforma incluía la necesidad de graduar las infracciones en muy graves, graves y leves para permitir una adecuada correlación entre estas y las sanciones impuestas, «lo que reforzaría la transparencia y objetividad de las decisiones...». Se

²⁰ Doctrina corroborada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 175/2012, de 15 de octubre, recaída en el recurso de amparo interpuesto contra la STS de 3 de febrero de 2009, rec. núm. 3073/2006.

²¹ Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE-A-2003-23936); Ley 36/2003, de 11 de noviembre (BOE-A-2003-20695); Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril (BOE-A-2003-8589); Ley 53/2002, de 20 de diciembre (BOE-A-2002-25412); Ley 24/2001, de 27 de diciembre (BOE-A-2001-24965); Ley 9/2001, de 4 de junio (BOE-A-2001-10565); Real Decreto-ley 2/2001, de 2 de febrero (BOE-A-2001-2423); Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio (BOE-A-2000-11836); Ley 52/1999, de 28 de diciembre (BOE-A-1999-24706); Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril (BOE-A-1999-8577); Ley 66/1997, de 30 de diciembre (BOE-A-1997-28053) y Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio (BOE-A-1996-13002).

destacaba también que podría estudiar la posibilidad de aplicar una metodología de cálculo de las multas similar a la seguida por la Comisión Europea²².

Como veremos, estas observaciones y recomendaciones se reflejaron tanto en el texto de la vigente LDC, como en la práctica de la propia autoridad estatal de la competencia (entonces la CNC) mediante la adopción de la Comunicación de 2009 para el cálculo de las multas al amparo de los arts. 63 y 64 de las LDC, ya citada. Con las modificaciones introducidas en el sistema sancionador *antitrust* español en el año 2007, el legislador trató de proporcionar una mayor seguridad jurídica, previsibilidad y transparencia, en línea con el principio de legalidad que marca la Constitución, intentando acotar, como se expone a continuación, la potestad sancionadora de la autoridad de competencia.

La LDC regula el régimen sancionador aplicable a las conductas infractoras en sus arts. 62, 63 y 64. El art. 62, a diferencia del art. 10 de la Ley 16/1989, clasifica las infracciones entre *leves*, *graves*, y *muy graves*. La cuantificación de las multas se vincula a la calificación de la infracción de tal forma que el art. 63.1 dispone que las sanciones leves pueden ser castigadas con una multa de hasta 1 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa; las infracciones graves con una multa de hasta el 5 por 100, y las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por 100²³.

Como se puede ver, el legislador, introduce un límite mínimo común para las tres categorías de infracciones (0 por 100) y un umbral máximo de porcentaje a aplicar sobre el volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, de hasta el 1 por 100 para las infracciones leves, hasta el 5 por 100 para las graves, y hasta el 10 por 100 para las muy graves. En aquellos casos en los que no sea posible delimitar el volumen de negocios de la entidad infractora, las infracciones leves pueden ser sancionadas con una multa de 100.000 a 500.000 euros; las infracciones graves con una multa de 500.001 a 10 millones de euros; y las infracciones muy graves con una multa de más de 10 millones de euros²⁴.

²² Libro Blanco, apartados 131, 147 y 148.

²³ Si el infractor es una persona jurídica (es decir, en la gran mayoría de los casos), la LDC contempla también la posibilidad de imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en las prácticas infractoras (art. 63.2 de la LDC). Aunque esta es una vía que, hasta la fecha, ha sido utilizada en muy pocas ocasiones, se advierte que la CNMC quiere potenciar este tipo de sanciones en el futuro [véase la Comparecencia del presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), D. José María Marín Quemada, ante la Comisión de Economía y Competitividad, para informar del Plan de Actuación 2015 de la CNMC, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Economía y Competitividad, 22 de abril de 2015, núm. 444, p. 6: «Debo adelantarles también que la capacidad disuasoria del sistema sancionador puede apoyarse —y esta es una vía que queremos potenciar— acudiendo a lo dispuesto en el art. 63.2 de la Ley de defensa de la competencia, que prevé multas de hasta 60.000 euros a los directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión prohibida; cuestión nueva que quería compartir como primicia con sus señorías»].

²⁴ Art. 63.3 LDC.

El régimen sancionador que regula la LDC se completa con el art. 64 que contempla un listado no exhaustivo de criterios de graduación de la multa (apdo. 1), y dos listados, que tampoco son *numerus clausus*, de atenuantes y/o agravantes, para fijar el monto final de la multa (apdos. 2 y 3, respectivamente)²⁵.

Como se ha indicado, en línea con lo que se apuntaba en el Libro Blanco citado y con el fin de elevar el nivel de transparencia y la objetividad en el cálculo de las multas y alinearse con la práctica europea²⁶, la extinta CNC (actual CNMC) hizo uso de la habilitación legal prevista en la Disposición Adicional tercera de la LDC, y en el año 2009 el Consejo de Defensa de la Competencia publicó una Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2, y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (la denominada en este artículo «Comunicación de 2009»).

El método que contemplaba la Comunicación de 2009 para la fijación se componía de tres fases: i) determinación del importe básico de sanción, para lo que se tenían en cuenta las letras *a)* a *e)* del art. 64.1 de la LDC, atendiendo a la dimensión del mercado afectado; ii) aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y que suponía un aumento o disminución de este importe en un porcentaje de entre un 5 y un 15 por 100, y iii) ajuste, cuando procedía, de la cantidad obtenida en el punto ii) a los límites establecidos en la LDC (art. 63.1) y al beneficio ilícito obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción por cuanto que la multa no podía ser inferior a este²⁷.

El importe básico se calculaba como una proporción del volumen de ventas en los mercados de producto y geográfico donde se hubiera producido la infracción y por toda la duración de la infracción. En concreto, la propia Comunicación de 2009 disponía que ese importe básico era la suma ponderada de las ventas obtenidas en el mercado afectado por la empresa infractora de conformidad con los coeficientes correctores decrecientes que se establecía en su apartado 15: para el último año de la infracción, el coeficiente era 1, para el año 2, 0,75, para el año 3, 0,50, para el año 4, 0,25, para el año 5, 0,15, para el año 6, 0,10, y para el año 7 y siguientes el 0,05²⁸. Al

²⁵ Pese a la notable mejora respecto del sistema sancionador de la Ley 16/1989, algunos comentaristas consideraron la reforma insuficiente desde una perspectiva constitucional. Según ellos, se le permitía todavía a la autoridad de competencia un excesivo margen de direccionalidad para el cálculo de las sanciones, que juzgaban contrario a la exigencia de *lex certa* inherente al derecho fundamental a la legalidad y tipicidad sancionadora (véase referencia a esta cuestión y opinión en contra: J. COSTAS COMESAÑA, «El procedimiento sancionador. Las multas», *GJ*, núm. 1, enero-febrero de 2008, p. 5).

²⁶ M. CUERDO MIR y J. ALONSO, *op. cit.*, p. 304.

²⁷ Véanse apartados 8 a 17 de la Comunicación 2009.

²⁸ Véase R. ALLENDEALAZAR y A. RINCÓN, «El cálculo de las multas por la CNC», en *Cuestiones actuales en el procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, capítulo V, Civitas, 2014, p. 356, quienes destacan que la Comunicación de 2009 introdujo por primera vez en España una forma objetiva de ponderar la duración de la infracción a la hora de fijar la multa, y que esta ponde-

importe básico así calculado se le aplicaba un porcentaje que partía del 10 por 100, y que se podía incrementar 10 puntos porcentuales si la infracción era calificada como muy grave (cárteles, por ejemplo), y un 10 por 100 adicional, es decir hasta un máximo de un 30 por 100, si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un *input* productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados²⁹. Es decir, que el importe básico representaba una proporción del volumen de ventas que se situaba entre el 10 y el 30 por 100 de este volumen de ventas³⁰.

En la Comunicación de 2009 se recogía la interpretación que la entonces CNMC hacía del art. 63.1 de la LDC, por cuanto que se indicaba que, una vez calculado el importe de la sanción conforme a la metodología anterior, se tenía que verificar si dicho importe superaba el importe resultante de aplicar el correspondiente porcentaje (1, 5 o 10 por 100, en función de la gravedad de la infracción) al volumen de facturación total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior a la sanción y, en ese caso, la cuantía que resultaba de aplicar los criterios de la Comunicación de 2009 tenía que reducirse para no superar el umbral sancionador máximo³¹, lo que significa que el importe final de la multa se situaba en el máximo permitido para cada tipo de infracción y que en el caso de las sanciones más graves es del 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora. Es importante entender el funcionamiento de este mecanismo correctivo para comprender el debate que en sede pretoriana se planteó desde 2013 y hasta 2015 en relación con la interpretación del art. 63.1 de la LDC y más en concreto del límite máximo porcentual del 10 por 100.

La adopción de la Comunicación de 2009 por la CNC fue, en general, positivamente recibida por el foro, y ciertamente, supuso un esfuerzo muy significativo por parte de la autoridad española para aclarar los criterios que iba a aplicar para concretar las multas³², mejorando así el sistema sancionador español a la luz de los principios de previsibilidad, transparencia, objetividad y seguridad jurídica. Por tanto, la Comunicación permitió crear una cierta «zona de confort» para los asesores legales de las empresas in-

ración parecía en su conjunto más acertada que la prevista en las Directrices de la Comisión Europea, por cuanto que estas últimas, no establecen coeficientes de ponderación decrecientes, sino que cada año de duración tiene un efecto multiplicador sobre el importe base (para cuyo cálculo se parte del volumen de negocios afectado el último año completo de infracción). Es decir, que el importe base se multiplica por el número de años que dura la infracción [Directrices para el cálculo de las multas en aplicación del art. 23, apdo. 2, letra a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003, *DOUE* C210/2, de 1 de septiembre de 2006, apdos. 19 y 24].

²⁹ Apartado 14 de la Comunicación de 2009. Véase, como ejemplo de aplicación de esta metodología, la Resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011, Expte: S/0226/10, *Licitaciones de carreteras*.

³⁰ Apartados 9 a 14 de la Comunicación de 2009.

³¹ Apartados 19 y 20 de la Comunicación de 2009 («Límites de las sanciones»). Véase, como ejemplo de esta práctica, entre otras, la Resolución de la CNC de 26 de octubre de 2011, Expte: S/0192/09 *Asfaltos*, y la Resolución de la CNC de 23 de febrero de 2012, Expte.: S/0244/10, *Navieras Baleares*.

³² F. LÖWHAGEN, «Las asociaciones de empresas en el Derecho de la Competencia español: conceptos básicos y régimen sancionador», *GJ*, núm. 14, p. 21. Véase también en este sentido R. ALLENDESALAZAR y A. RINCÓN, *op. cit.*, p. 354.

fractoras, que podían estimar la cuantía de una posible sanción, de la que ahora, con la derogación *de facto* de la Comunicación de 2009 por la STS de 29 de enero de 2015 carecemos.

Con la Comunicación se apreció también una mejora en el nivel de motivación de las resoluciones de la CNC, y después de la CNMC, en la graduación de las multas, si bien, para algunos comentaristas, dicha mejora fue desigual según la resolución que se analice³³. Por otro lado, aunque la Comunicación de 2009 fue bien recibida por reducir el grado de incertidumbre sancionadora derivada de la redacción de los arts. 63 y 64 de la LDC y, según algunos comentaristas, también de la propia práctica del extinto TDC³⁴, se criticó que su metodología conllevaba (y así fue en la práctica)³⁵ un incremento significativo de las cuantías de las multas respecto del periodo precedente en línea, por otra parte, con lo querido por la extinta CNC, y que ello era poco respetuoso con los principios de proporcionalidad y legalidad propios del Derecho español sancionador (art. 25 de la Constitución Española).

En particular, este incremento de las multas se vinculaba al establecimiento, para el cálculo del importe base de la sanción, de una cantidad mínima correspondiente al 10 por 100 del volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado afectado por la infracción, así como a la atribución específica a cada año de la infracción de un porcentaje decreciente que contrasta con lo dispuesto en el art. 64, en el que la duración no tiene asignado un montante concreto para cada uno de los posibles años de duración de la infracción, y, finalmente, al hecho de normalmente incrementar hasta en un 10 por 100 el porcentaje aplicado al referido volumen de ventas (esto es hasta un 20 por 100)³⁶.

A juicio de algunos autores, la Comunicación de 2009 tampoco resolvía la asimetría procedimental que en la práctica se planteaba entre la CNMC y las empresas imputadas, y que se sigue planteando en la actualidad, vinculada al momento en el que las empresas conocen la multa que se les ha impuesto. El hecho de que en la propuestas de resolución de la Dirección de Competencia de la CNMC no se contemple un apartado en el que se proponga al Consejo de la CNMC la cuantía de la multa que a juicio de la Dirección de Competencia debería imponerse en la resolución final, conlleva que las empresas investigadas solo puedan conocer el importe de la multa

³³ R. ALLENDESALAZAR y A. RINCÓN, *op. cit.*, pp. 354-355.

³⁴ *Ibid.*, p. 354.

³⁵ Véase, a título de ejemplo, las Resoluciones de 12 de noviembre de 2009, Expte.: S/0037/08, *Compañías de Seguro Decenal* (120 millones de euros); de 7 de noviembre de 2012, Expte.: S/0331/11, *Navieras Marruecos* (88,5 millones de euros) de 19 de diciembre de 2012, Expte.: S/0248/10, *Mensajes Cortos* (119 millones de euros) y de 25 de marzo de 2013, Expte.: S/0316/10, *Sobres de papel* (44 millones de euros).

³⁶ Nótese que este porcentaje podía llegar, según la comunicación, hasta un 30 por 100. Véase C. VÉRGEZ MUÑOZ y M. Á. PÉREZ GUERRA, «La posición de dominio en los mercados de telecomunicaciones: la Resolución 646/08 *Axión/Abertis*, de la CNC, de 19 de 2009», en *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes de 2009 de los grandes despachos*, edición núm. 1, Madrid, La Ley, mayo de 2010, p. 9.

cuando se les notifica la resolución adoptada por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC³⁷, es decir, que solo en ese momento pueden oponerse a la cuantía de la multa y a los motivos que la justifiquen, pero ya presentando el oportuno recurso contencioso-administrativo ante la AN.

A nuestro juicio, y sin necesidad de prejuzgar en este artículo la que ha sido, hasta la fecha, la práctica de las autoridades españolas de la competencia, tanto la estatal como las autonómicas, esta situación podría resolverse modificando la LDC para disponer expresamente que la propuesta de resolución debe incluir también un apartado con una propuesta motivada de la cuantía de la sanción, de forma que las partes del procedimiento puedan presentar sus alegaciones sobre la cuantificación de la multa en ese momento y que estas puedan ser analizadas detenidamente en fase de resolución por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

La compatibilidad de la Comunicación de 2009 con el principio de proporcionalidad fue planteada por algunas empresas infractoras ante la AN, y objeto de revisión por el TS, que finalmente declaró contraria al art. 63 de la LDC la metodología para el cálculo de las sanciones recogida en la Comunicación de 2009. Tanto la doctrina de la AN, que difiere en un aspecto esencial de la jurisprudencia del TS, como la jurisprudencia del Alto Tribunal se analizan en los apartados siguientes.

3. LA DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN MATERIA DE CÁLCULO DE MULTAS

En su Sentencia de 6 de marzo de 2013³⁸, por la que resolvía un recurso contra la Resolución de la CNC, de fecha 28 de julio de 2010, en el expediente S/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*, la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional adoptó, por primera vez, una interpretación del art. 63 de la LDC que difería significativamente de la mantenida y aplicada hasta esa fecha por la CNMC e incluso por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN.

La postura de la AN era ciertamente la mayoritaria, pero no unánime, como reflejan los numerosos votos particulares que se pronunciaron, tanto a esa primera Sentencia de 6 de marzo de 2013, como a otras posteriores emitidas por la Sección 6.ª de misma Sala³⁹. Precisamente como reflejo de esta disparidad de criterio entre los entonces magistrados de la Sección 6.ª de la Sala, y justo un día antes de dictar la Sentencia de 6 de marzo, la AN

³⁷ S. MEDRANO IRAZOLA, *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España*, Fundación Wolters Kluwer, capítulo X, 2014, p. 272.

³⁸ SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010. Ponente: Concepción Mónica Montero Elena.

³⁹ Como ejemplos, voto particular de la magistrada Lucía Acín Aguado (Sentencia de 24 de junio de 2013, rec. núm. 29/2012, *Transitarios 2*); voto particular del magistrado Santiago Soldevila Fragoso (Sentencia de 14 de marzo de 2014, rec. núm. 153/2013, *Espuma de poliuretano*), o el voto particular del magistrado Javier Eugenio López Candela (Sentencia de 12 de marzo de 2014, rec. núm. 172/2011, *Peluquería profesional*).

dictaba una sentencia (rec. núm. 566/2011), por la que resolvía un recurso contra la Resolución de la entonces CNC en el asunto *Misturas, Obras, e Proxectos* (Expte. S/0226/10, *Licitaciones carreteras*) y en la que aplicaba la Comunicación de 2009, confirmando así su validez. La ponente de esta sentencia fue la magistrada Lucía Acín Aguado, quien, sin que resulte sorprendente, sería también la magistrada que formularía voto particular a la Sentencia de 6 de marzo de 2013.

A esta primera Sentencia de 6 de marzo le siguieron el mismo mes y en el mismo sentido otras sentencias que resolvían recursos derivados del mismo asunto (*Vinos Finos de Jerez*), y a lo largo de 2013 y 2014, fueron también numerosas las sentencias pronunciadas por la AN anulando parcialmente las resoluciones de la CNMC que habían aplicado el método de cálculo de la Comunicación de 2009 y ordenando a la CNMC un nuevo cálculo de las multas impuestas⁴⁰ basado exclusivamente en los arts. 63 y 64 de la LDC y no en la Comunicación⁴¹.

En el recurso planteado por una de las empresas sancionadas por la CNMC contra la Resolución de la CNMC en el asunto *Vinos Finos de Jerez*, y que dio lugar a la ya citada Sentencia de 6 de marzo de 2013, se alegó, como motivo de nulidad parcial de la Resolución, la falta de proporcionalidad de la multa impuesta, es decir, la vulneración del principio de proporcionalidad a la hora de graduar la multa a imponer. Para analizar este motivo de recurso, y aunque, como se reconoce la propia sentencia, la

⁴⁰ Téngase en cuenta que en nuestro ordenamiento la función judicial es el control de legalidad y no la adopción de decisiones de naturaleza administrativa. Por eso, ni la AN ni el TS fijan una sanción alternativa en sus sentencias y ordenan a la CNMC recalcular la sanción. Esta situación contrasta con la función de «jurisdicción plena» de los tribunales comunitarios (art. 31 del Reglamento 1/2003 en relación con el art. 261 del TFUE), que les faculta tanto para anular las decisiones de la Comisión Europea como para fijar ellos mismos el importe final de la multa (véase J. C. LAGUNA DE PAZ, *op. cit.*, pp. 8-9).

⁴¹ Entre otras, SAN de 7 de marzo de 2013, rec. núm. 535/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 8 de marzo de 2013, rec. núm. 540/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 13 de marzo de 2013, rec. núm. 674/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 10 de abril de 2013, rec. núm. 622/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 12 de junio de 2013, rec. núm. 582/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 21 de noviembre de 2013, rec. núm. 707/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 15 de enero de 2014, rec. núm. 544/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 21 de marzo de 2013, rec. núm. 699/2011 (VS/0226/10 *Licitaciones de Carretera*); SAN de 17 de junio de 2013, rec. núm. 673/2011 (VS/0226/10 *Licitaciones de Carretera*); SAN de 1 de octubre de 2013, rec. núm. 688/2011 (VS/0226/10 *Licitaciones de Carretera*); SAN de 12 de marzo de 2014, rec. núm. 172/2011 (VS/0086/08 *Peluquería Profesional*); SAN de 2 de abril de 2014, rec. núm. 194/2011 (VS/0086/08 *Peluquería Profesional*); SAN de 9 de abril de 2014, rec. núm. 222/2011 (VS/0086/08 *Peluquería Profesional*); SAN de 9 de julio de 2014, rec. núm. 174/2011 (VS/0086/08 *Peluquería Profesional*); SAN de 17 de junio de 2013, rec. núm. 599/2010 (VS 0120/08 *Transitarios*); SAN de 7 de abril de 2014, rec. núm. 570/2010 (VS 0120/08 *Transitarios*); SAN de 7 de abril de 2014, rec. núm. 573/2010 (VS 0120/08 *Transitarios*); SAN de 16 de abril de 2014, rec. núm. 568/2010 (VS 0120/08 *Transitarios*); SAN de 24 de junio de 2013, rec. núm. 29/2012 (VS/0269/10 *Transitarios 2*); SAN de 18 de julio de 2013, rec. núm. 707/2011 (VS/0060/08 *Sintrabi*); SAN de 17 de junio de 2014, rec. núm. 712/2011 (VS/0060/08 *Sintrabi*); SAN de 23 de junio de 2014, rec. núm. 195/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*); SAN de 24 de junio de 2014, rec. núm. 158/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*); SAN de 30 de junio de 2014, rec. núm. 146/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*); SAN de 1 de julio de 2014, rec. núm. 197/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*); o la SAN de 15 de julio de 2014, rec. núm. 195/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*).

recurrente no lo planteó así expresamente, la AN sostiene que es necesario analizar dos extremos: la configuración legal del porcentaje máximo del 10 por 100 aplicable a las conductas muy graves, y el volumen de negocio de la empresa infractora sobre el que ha de aplicarse ese 10 por 100 (FJ 8.º)⁴². La respuesta a estas dos cuestiones incidía sobre la futura aplicación de la Comunicación de 2009, por cuanto que, tanto el modo de aplicar el porcentaje del 10 por 100, como el volumen de negocio sobre el que ha de aplicarse, eran elementos determinantes de la metodología de cálculo prevista en la Comunicación.

En cuanto al porcentaje a aplicar, la cuestión que se le plantea a la AN es si el porcentaje del 10 por 100 sobre el volumen de negocios total previsto en el art. 63.1 de la LDC⁴³ y que se establece como el límite máximo de cualquier multa que se pueda imponer a un operador es un «umbral de nivelación» (factor de moderación) que opera *a posteriori* sobre el importe de la multa determinada conforme a los criterios del art. 64 de la LDC, que permitirían establecer una multa por encima de la cuantía resultante de aplicar el 10 por 100 al volumen de facturación total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, o, por el contrario, debe ser interpretado como parte de un «arco sancionador», que en el caso de las sanciones muy graves se circunscriben a multas que pueden ir desde el 0 por 100 del volumen de negocios hasta un 10 por 100, siendo dentro de ese espectro porcentual donde se tiene que individualizar la multa. Dicho en otras palabras, según esta interpretación, la multa se debía calcular teniendo en cuenta que el techo máximo de su cuantía en las infracciones muy graves es el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora, y la multa se debía calcular a partir de ese máximo y «hacia abajo».

Como se puede apreciar, seguir una u otra interpretación tiene consecuencias prácticas de gran calado en la configuración de la metodología para el cálculo de las multas al amparo de los arts. 63 y 64 de la LDC. Para la CNMC, como se ha expuesto y se reflejaba en su Comunicación de 2009, el porcentaje del 10 por 100 opera como un «umbral de nivelación»⁴⁴ de las

⁴² Sostiene la AN que no estima necesario someter a las partes tales cuestiones, «pues constituye el análisis de una alegación formulada en la demanda, cual es la proporcionalidad de la sanción, desde el principio *iura novit curia*» (FJ 8.º).

⁴³ La sentencia interpreta también el art. 10 de la ahora derogada Ley 16/1989, que establecía el 10 por 100 sobre el «volumen de negocio» como límite máximo de las sanciones en materia de defensa de la competencia, coincidiendo en este sentido con lo dispuesto en el vigente art. 63 de la LDC. En el asunto *Vinos Finos de Jerez*, la CNC condenó a las empresas por haber infringido el art. 1 de la LDC (Ley 15/2007), vigente en el momento de adoptarse la resolución, pese a que las conductas se remontaban a años anteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2007. La opción por la Ley 15/2007 se justificó en dos motivos: por un lado la conducta infractora estaba prohibida idénticamente en ambas leyes, por lo que a efectos de su calificación jurídica era indiferente aplicar una u otra, y, por el hecho, más determinante, de que el expediente se había iniciado a raíz de una solicitud del programa de clemencia establecido en la Ley 15/2007, por lo que esta resultaba más beneficiosa para solicitante de clemencia y sin que tampoco la aplicación de la Ley 15/2007 fuese menos beneficiosa que la Ley 16/1989 para el resto de las empresas imputadas.

⁴⁴ Esta expresión ha sido utilizada por los tribunales comunitarios cuando se han referido a la aplicación del límite máximo del 10 por 100 al volumen global de negocios del infractor como límite

multas que se calculan conforme a los criterios previstos en el art. 64 de la LDC, tal y como habían sido interpretados y desarrollados en la Comunicación de 2009, y en línea con la que ha sido la aplicación del art. 23.2 del Reglamento 1/2003 por la Comisión Europea y refrendada por los tribunales comunitarios. Es decir, que, según esta interpretación, estamos ante un «límite extrínseco» al de la imposición de la multa que permite corregir el reproche sancionador una vez fijada la multa y reducirla hasta el límite máximo previsto para la sanción correspondiente a la conducta infractora, según sea leve, grave o muy grave.

Por el contrario, la AN razonó en sentido muy diferente y resolvió que conforme a la Constitución Española el límite máximo del 10 por 100 no constituye con arreglo al art. 63 un «umbral de nivelación», sino que forma parte de un «arco sancionador», por lo que el mínimo de la sanción puede ser un 0 por 100 y el máximo un 10 por 100, debiendo graduarse la multa dentro de esa escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes y valorando su duración y gravedad desde la perspectiva de la escala establecida en la LDC, es decir, respecto de las infracciones leves, hasta el 1 por 100, de las graves, hasta el 5 por 100, y de las muy graves, hasta el 10 por 100. Y añadía la AN que nada impide que las multas se fijen en el máximo previsto por la LDC para cada tipo de infracción pero «razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje»⁴⁵.

¿Cómo llega la AN a esta conclusión? En primer lugar, la AN reconoce que la interpretación que hace la CNMC del límite del 10 por 100 está en línea con lo dispuesto en el art. 23.2 del Reglamento 1/2003, pero recuerda que el método sancionador previsto en el Reglamento 1/2003 vincula únicamente a la Comisión Europea y a los tribunales comunitarios, pero no a las autoridades nacionales de la competencia, quienes deben aplicar el régimen sancionador previsto en sus respectivas jurisdicciones cuando aplican los arts. 101 y 102 del TFUE, y sin perjuicio de que el régimen nacional pueda coincidir con el comunitario.

Por tanto, el Reglamento 1/2003 no armoniza el régimen sancionador para las autoridades nacionales de competencia cuando aplican en sus respectivos territorios los arts. 101 y 102 del TFUE, sino que lo circunscribe a los procedimientos incoados por la Comisión Europea. Ello se desprende del art. 5 del Reglamento 1/2003 que únicamente se refiere a la facultad sancionadora de la Comisión Europea, sin remisión a las autoridades nacionales. La AN sostuvo en esta línea que el principio de prevalencia del Derecho de la Unión Europea no «implica que el esquema de atribución

máximo de la multa previsto en el art. 23.2 del Reglamento 1/2003 (cfr., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012, asunto T-352/09, *Novácké chemiké závody a.s.*, cuyos considerandos 160-164 son reproducidos por la AN en su Sentencia de 6 de marzo de 2013 para ilustrar la postura del Derecho de la Unión Europea en relación a la aplicación por la Comisión Europea del 10 por 100 como límite máximo de sus multas con arreglo al art. 23.2 del Reglamento 1/2003).

⁴⁵ FJ 8.º SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010.

de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación»⁴⁶. Esto significa que del Reglamento 1/2003 no se desprende que su metodología de cálculo de sanciones deba ser aplicada por las autoridades nacionales de la competencia cuando aplican los arts. 101 y 102 en sus respectivos territorios.

Asimismo, y para justificar, la no aplicación del método sancionador del Reglamento 1/2003 por las autoridades nacionales de la competencia, la AN sostiene que la CNMC tiene una naturaleza distinta a la de Comisión Europea, ya que esta última reúne competencias ejecutivas y legislativas, y que por ello «las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC [...], porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y la de la CNC»⁴⁷.

Aunque la AN es parca en el desarrollo de este argumento sobre la diferente naturaleza de la CNMC y la Comisión Europea, creemos que lo que parece querer decir es que la Comisión Europea, al tener facultades legislativas (y también reglamentarias), pudo participar, de conformidad con el procedimiento legislativo comunitario, en la elaboración del régimen sancionador previsto en el Reglamento 1/2003 y, por ello, la amplia discrecionalidad que le otorga el art. 23.2 del Reglamento 1/2003 no plantearía problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, lo que no sucede con la interpretación que la CNMC hace del art. 63.1 de la LDC en relación con el umbral del 10 por 100, por cuanto que esta carece de facultades tanto legislativas como reglamentarias.

Más importante que la anterior línea argumentativa, pero directamente relacionada con la misma, es el argumento de naturaleza constitucional que encontramos en la Sentencia de la AN y que es, a nuestro juicio, determinante en el fallo de la AN. Para la AN, los principios de legalidad y tipicidad sancionadora derivados del art. 25 de la Constitución, que, según la doctrina constitucional que se cita y transcribe en la Sentencia (STC 100/2003, de 2 de junio) exigen que las sanciones que se imponen a los administrados estén contempladas en una norma con rango de ley y debidamente tipificadas en la misma, revelan la importancia del «principio de seguridad», que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.

La AN resuelve que la certeza exigida por la doctrina constitucional implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa⁴⁸. El art. 25, en palabras del Tribunal Constitucional recogidas en la Sentencia de la AN:

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Ibid.*, FJ 8.º

«[...] incorpora el mandato de taxatividad o *lex certa*, “que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones” [...] lo que implica, “el deber del legislador de configurar las leyes sancionadoras con el máximo esfuerzo posible” [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.ºc)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3.º, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita “predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa”».

La AN abunda también en la doctrina constitucional sobre la reserva de ley en el establecimiento de los tipos de infracción administrativa y sus sanciones, refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Constitucional citada en la que se resolvía que «no se pueden tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de ley». Aplicando esta doctrina constitucional, la AN resuelve que «los criterios de la CNC [ahora CNMC] en cuanto a la aplicación de las sanciones puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina “cuatro de las existentes”»⁴⁹.

En definitiva, la AN concluye que la exigencia de *lex certa* y reserva legal no se cumple cuando se interpreta el límite del 10 por 100 en el sentido de que opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que pueda hacer la CNMC, es decir, como «factor nivelador». Con arreglo al método que aplicaba la CNC, esta «es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción» para calcular el importe de la multa y sobre el que después, si es preciso, se aplica como criterio nivelador, es decir, reductor, el umbral resultante de aplicar el 10 por 100 al volumen de negocios de la empresa infractora del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, destacando que esta práctica resulta contraria a la literalidad del art. 63.1 de la LDC y a la interpretación que debe prevalecer de sus términos con arreglo a la doctrina constitucional⁵⁰.

Frente a esta postura de la AN se argumentaba que la interpretación del límite máximo del 10 por 100 como «umbral de nivelación» era respetuosa con los principios de *lex certa* y reserva de ley derivados del art. 25 de la Constitución, porque, con independencia de si el 10 por 100 se interpreta como «umbral nivelador» (CNMC) o como parte de un «arco sancionador» (AN) el administrado puede predecir con «suficiente grado de certeza» las

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.* En este punto, el razonamiento de la AN, basado en el principio de legalidad y tipicidad, es similar al seguido sobre esta misma cuestión, pero referida al art. 81.4 de la Ley de competencia alemana, por el Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*) (Sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto KRB 20/12, WuW/E DE-R 3861, *Cemento*).

conductas que constituyen la infracción y el tipo y el grado de sanción que llevan aparejada.

En particular, se resaltaba que el TS se había pronunciado ya sobre la constitucionalidad del ahora derogado art. 10 de la Ley 16/1989⁵¹ y que el TS, en un razonamiento que los críticos con la doctrina de la AN consideraban también aplicable a la vigente LDC, había reconocido que resultaba inevitable otorgar al entonces TDC «un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas», implicando que dicho margen no impedía el cumplimiento de la garantía material derivada del art. 25 de la Constitución⁵². Se argumentaba que si el TS había aceptado la constitucionalidad del art. 10 de la Ley 16/1989 cuando establecía un límite máximo de la sanción, no se entendía por qué no podía afirmarse lo mismo respecto de los porcentajes previstos en el art. 63 de la LDC, según eran interpretados por la CNMC⁵³.

La segunda duda interpretativa sobre la que se pronuncia la Sentencia *Vinos Finos de Jerez* está relacionada con el sentido que cabe conceder a la

⁵¹ STS de 6 de marzo de 2003, rec. núm. 9710/1997: «Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio art. 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso».

⁵² Cfr., en este sentido, C. LILLO, *op. cit.*, pp. 7-8 (la autora es subdirectora de vigilancia en la Dirección de Competencia de la CNMC). El voto discrepante pronunciado por el magistrado Javier Eugenio López Candela a una de las sentencias de la AN que recoge esta doctrina (SAN 1092/2014, de 12 de marzo, rec. núm. 172/2011) también coincidía con la tesis de la CNMC, destacando que la voluntad del legislador fue precisamente establecer un sistema sancionador que coincida con el aplicado por la CNMC: «Conviene tener en cuenta que la redacción del art. 63, apartados 2.º y 3.º de la citada Ley responde a la aprobación de la enmienda 206 del grupo parlamentario socialista (*Diario de Sesiones del Congreso* de 26 de febrero de 2007), y en ella se recoge expresamente que la finalidad (*sic*) de la enmienda cuando indica que “estos criterios no son elementos que determinen la fijación de la cuantía base puesto que esta viene representada (*sic*) por la delimitación o del volumen de negocios (*sic*) sino que se aplican *a posteriori* para aplicar la cuantía final dentro de los tramos correspondientes en función del tipo de infracción y de la aplicación de un porcentaje en caso de delimitación del volumen de negocios o de un tramo de cantidades fijas cuando este no se ha podido detener delimitar (*sic*)”».

⁵³ En este sentido, coincidiendo con la postura de la CNMC, F. GARCÍA CACHAFEIRO, «El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34, 2013-2014, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2014, pp. 21-22, y en sentido contrario, defendiendo que la jurisprudencia del TS confirmaba precisamente la doctrina de la AN (que como veremos sería confirmada en este punto por el TS), M. VÉLEZ FRAGA, «El cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia según la reciente doctrina de la Audiencia Nacional», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 35, 2013, p. 90: «[...] la doctrina de la Audiencia Nacional sobre la consideración del límite máximo del art. 63 de la LDC como definitorio de un “arco sancionador” se encontraría en línea con esa idea de que la proporcionalidad opera sobre la escala sancionadora así definida, en virtud de los factores hoy contemplados en el art. 64 de la LDC: “a mayor intensidad de la restricción de la competencia [...] mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos” que hoy fija el art. 63 de la LDC». El TS, en su Sentencia de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 2872/2013), explica que el art. 10 de la Ley 16/1989 establecía una escala sancionadora (multas de hasta 150.000.000 de pesetas, que podía incrementarse hasta el 10 por 100 del volumen de negocios del infractor), al igual que el art. 63.1 de la LDC, es decir, que ambos permiten a los potenciales infractores conocer el mínimo y el máximo de la posible sanción. Es decir, que lo que viene a sostener el TS es que es la metodología de cálculo de la multa recogida en la Comunicación de 2009 la que quebraría el grado de certeza sobre el mínimo y máximo de la sanción (FJ 7.º).

expresión «volumen de negocios total», contemplada en el art. 63.1 de la LDC, que es la base sobre la que se debe aplicar el límite máximo del 10 por 100.

El art. 10 de la Ley 16/1989 facultaba al TDC para imponer «[...] 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». Con la nueva LDC de 2007, se modificó sustancialmente la redacción de esta disposición, recogida ahora en el art. 63. El art. 63 establece un sistema de graduación de las sanciones, disponiéndose que en el caso de las sanciones muy graves los «órganos competentes» podrán imponer «multa de hasta el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa». Como puede apreciarse, el legislador español quiso añadir el adjetivo «total» a la expresión «volumen de negocios», y, pese a ello, la duda interpretativa que todavía se le plantea a la AN en este asunto es si la expresión «volumen de negocios total» se refiere a la total actividad económica de la empresa en todas sus ramas de actividad (con independencia de si están o no afectadas por la infracción) o, por el contrario, se refiere al volumen de negocios total únicamente en el mercado en el que se ha producido la infracción.

La AN interpreta este concepto recurriendo a tres criterios: proporcionalidad, finalidad de la norma, y ámbito de la vulneración. Desde el punto de vista del criterio de proporcionalidad, la AN sostiene que, tener en cuenta para el cálculo de la multa el volumen de negocio obtenido en todas las actividades económicas del infractor, es decir, incluyendo también aquellas que son ajenas a la infracción, no es proporcional. Asimismo, y en aplicación de un criterio teleológico, la AN concluye que la finalidad de la norma que se interpreta no es otra que la represión de las conductas contrarias a la libre competencia «en el ámbito donde se produzcan». Finalmente, en cuanto al ámbito de la vulneración, la AN destaca, sin mayor elaboración, que el sector afectado por la infracción «es el parámetro de protección de la libre competencia»⁵⁴.

Con este razonamiento, no excesivamente desarrollado, y que incluye una cita incorrecta de una sentencia comunitaria⁵⁵, la AN llegó a la conclusión de que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa (1, 5 o 10 por 100, según la infracción sea leve, grave o muy grave) es el volumen de

⁵⁴ SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010, FJ 9.º

⁵⁵ La AN cita en apoyo de su postura la Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012, pero precisamente, el párrafo 21 de esta sentencia que reproduce la Sentencia de la AN se refiere al volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción como criterio para determinar el importe base de la multa de conformidad con las Directrices comunitarias sobre el cálculo de las multas (curiosamente esta es la misma técnica que encontramos en la Comunicación de 2009), y no al hecho, pacífico por otra parte en el Derecho de la Unión, de que el límite del 10 por 100 previsto en el art. 23.2 del Reglamento 1/2003 se aplica al volumen total de ventas de la empresa infractora, entendiendo por volumen total el realizado en todas las actividades económicas desarrolladas por la infractora, aunque algunas de ellas no estén afectadas por la infracción.

negocios total «en el mercado afectado directa o indirectamente por la infracción»⁵⁶.

La postura de la AN sobre esta cuestión fue objeto de numerosos votos particulares, cuyo análisis es interesante porque la postura disidente será la que finalmente refrende el TS. En particular, en esta primera Sentencia de 6 de marzo de 2013 encontramos el voto particular formulado por la magistrada Lucía Acín Aguado en el que esencialmente manifestaba su desacuerdo con el criterio mayoritario de la Sala por las siguientes razones: i) el legislador ha introducido la palabra «total» en la nueva Ley 15/2007 para referirse al volumen de negocios. Asimismo, en los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, algunos despachos de abogados propusieron que debía tomarse únicamente en cuenta el volumen de negocios afectado por la infracción para el cálculo de la multa y dicha postura no fue finalmente adoptada por el legislador; ii) la redacción del art. 63.1 de la LDC coincide con la redacción del art. 23.2 del Reglamento 1/2003; iii) esta interpretación coincide con la interpretación de la jurisprudencia comunitaria de dicho precepto, y iv) no existe infracción del principio de proporcionalidad porque la entonces CNC tuvo en cuenta en la Resolución impugnada el volumen de ventas de cada una de las empresas en el segmento de la venta de vinos de Jerez en el mercado afectado y determinar así el importe base de la multa de conformidad con la Comunicación de 2009.

La doctrina de la AN en este punto también suscitó los comentarios críticos de numerosos especialistas, que destacaron la imposibilidad de llegar a esta conclusión aplicando a la interpretación de la expresión «volumen de negocios total» los criterios hermenéuticos del art. 3 del Código Civil⁵⁷.

Por un lado, se argumentaba que la propia dicción literal del precepto al referirse al volumen de negocios «total» (definido por la RAE como «general, universal y que lo comprende todo en su especie») demostraba por sí mismo que el legislador había querido que la base de cálculo fuese el volumen de negocio realizado por el infractor en todos los sectores en los que opera y con independencia de si estaban afectados o no por la conducta ilícita. Desde un punto de vista sistemático, y en línea con el voto particular de la magistrada Lucía Acín Aguado (*cit. supra*), la LDC también distingue entre el «volumen de negocios total» (art. 63.1) como base para calcular la cuantía máxima de una posible multa y el «mercado afectado por la infracción» como criterio para graduar la multa [art. 64.1.a)], y, por tanto, no como criterio para determinar la que puede ser la multa máxima, por lo que

⁵⁶ SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010, FJ 9.º

⁵⁷ F. GARCÍA CACHAFEIRO, «El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34, 2013-2014, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2014; V. SOPEÑA BLANCO y H. OTERO OTERO, «La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracción de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia: ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz?», *Anuario de la Competencia 2013*, Fundación ICO, Marcial Pons, 2014.

se argumentaba que la interpretación de la AN contradecía la intención del legislador.

Se destacaba también, en clave de interpretación sistemática, que con esta interpretación la AN eliminaba o erosionaba, al no tener suficientemente en cuenta el beneficio ilícito y la duración de la infracción, criterios previstos en el art. 64.1 de la LDC en el cálculo de la multa, el efecto disuasorio de las sanciones en materia de defensa de la competencia, comprometiendo así la propia eficacia del sistema español de defensa de la competencia y la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE por la CNMC⁵⁸, engarzando así esta crítica con un criterio teleológico o de finalidad de la norma. Desde este criterio finalista, se criticó también la doctrina de la AN en este punto por comprometer seriamente el efecto disuasorio de las multas, precisamente por no tener suficientemente en cuenta aspectos como el beneficio ilícito o la duración de la infracción, preocupación que también encontramos en el voto particular de la magistrada Lucía Aguado a la SAN de 24 de junio de 2013, rec. núm. 29/2012, BCN Aduanas (Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2*)⁵⁹.

La interpretación teleológica del art. 63.1 tampoco permitía llegar a la conclusión de la AN, porque el legislador había querido aclarar el sentido del antiguo art. 10 de la Ley 16/1989, y por eso había introducido el calificativo de «total» vinculado a la expresión «volumen de negocios», y, asimismo, la intención de introducir un límite máximo para las cuantías de las multas de un 10 por 100 sobre el volumen total de negocios obedece a la necesidad de garantizar la viabilidad económica de la empresa tras la imposición de una sanción y ello significa que, por eso se tiene en cuenta la capacidad económica total de la empresa como base sobre la que se aplica el límite máximo del 10 por 100. Desde esta perspectiva, no tendría sentido que se interprete el volumen de negocios total únicamente referido al

⁵⁸ C. LILLO, *op. cit.*, p. 5. Se reproduce por su interés y claridad el ejemplo que proporciona F. GARCÍA CACHAFEIRO, *op. cit.*, p. 24, para ilustrar los efectos negativos de la postura de la AN: «Una empresa, ha participado, junto a otras, en un cartel de fijación de precios durante veinte años. El cartel se ha plasmado en un sobreprecio del 20 por 100 del producto afectado. La cifra anual de negocios de la empresa con el producto afectado es de 1 millón de euros. Consiguientemente, sus ventas en el mercado afectado han sido de 20 millones de euros (1 millón de euros x 20 años), periodo en el que ha obtenido un beneficio ilícito de 4 millones (200.000 euros x 20 años). Estas dos circunstancias deben ser tenidas en cuenta para imponer la sanción, por imperativo del art. 64 de la LDC. Sin embargo, la interpretación de la Audiencia Nacional supone que la multa máxima sea de 100.000 euros (el 10 por 100 de las ventas en el mercado afectado en el ejercicio anterior), lo cual impide valorar adecuadamente la duración y el beneficio obtenido».

⁵⁹ «5) si se aplica el criterio mantenido por mis compañeros que limitan el importe máximo de la sanción al 10 por 100 de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción (octubre de 2000 hasta 18 de noviembre de 2008) se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que le basta a la empresa dejar de operar o que disminuya la realización de operaciones en ese mercado cuando conoce el inicio de una investigación teniendo en cuenta que el plazo desde que se inicia un expediente hasta que se dicta una resolución es de 18 meses y por tanto se va a tener en cuenta el volumen de operaciones realizadas durante la tramitación del expediente en que ya ha cesado la conducta anticompetitiva. Ello puede determinar que al no haber realizado actividad alguna en ese mercado en el último año el importe máximo de la multa sea cero...».

mercado afectado por la infracción, porque entonces difícilmente se puede tener en cuenta cuál es la capacidad económica de la empresa, que es el parámetro que permite valorar *a priori* el músculo financiero del infractor para hacer frente a la sanción⁶⁰.

Tras resolver las dos cuestiones que le permitían valorar la Resolución de la CNMC de fecha 28 de julio de 2010, *Vinos Finos de Jerez* bajo el prisma del principio de proporcionalidad, la AN estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, resolviendo que no se ajustaba a Derecho en lo relativo a la sanción impuesta. En consecuencia, la AN anuló parcialmente la Resolución dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente; resolviendo asimismo que la sanción debía consistir en el 2,5 por 100 del volumen de ventas o negocio realizado en el mercado afectado por la infracción en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa y ordenando a la CNMC que proceda a una nueva determinación de la multa⁶¹.

Como se ha apuntado en la Introducción, la consecuencia directa del pronunciamiento de la AN de 6 de marzo de 2013, y de otros emitidos con posterioridad y confirmatorios de este primero, fue un cambio radical respecto de la metodología de cálculo del importe de multas en materia de Derecho de la competencia en España, creando con ello una situación de enorme inseguridad jurídica tanto para los operadores económicos como para las autoridades españolas de defensa de la competencia, a la vez que una erosión del prestigio internacional del sistema español de defensa de la competencia. El TS pondrá fin a esta situación en su Sentencia de 29 de enero de 2015, confirmada sistemáticamente en otras posteriores. Como se expone a continuación, el TS confirma la doctrina de la AN en lo que a la interpretación del límite máximo del 10 por 100 se refiere como parte de un «arco sancionador» y no como «umbral de nivelación» o factor de moderación, pero adopta una postura divergente con la doctrina de la AN en relación con la interpretación del concepto «volumen de negocios total» y alineada con la que había sido la práctica de las autoridades españolas de defensa de la competencia hasta la SAN de 6 de marzo de 2013.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La SAN de 6 de marzo de 2013 no pudo ser recurrida ante el TS por razón de su cuantía, pero sí lo fue la SAN de 24 de junio de 2013⁶², pronunciada en el recurso contra la Resolución de 1 de diciembre de 2011, Expte. S/0269/10 *Transitarios 2*. Fue en relación con esta Resolución donde por

⁶⁰ C. LILLO, *op. cit.*, p. 5.

⁶¹ En ejecución de esta sentencia de la AN, la multa finalmente impuesta a la empresa infractora (Emilio Lastau, S. A.) fue reducida de 400.000 euros a 59.674,45 euros (Resolución de Ejecución de Sentencia, Expte. VS/0091/08 *Vinos de Jerez*, 13 de febrero de 2014). Un análisis más detallado del impacto que la doctrina de la AN tuvo en las sanciones finalmente impuestas a las empresas participantes en el cártel de los Vinos de Jerez puede consultarse en F. GARCÍA CACHAFEIRO, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁶² SAN 2876/2013, de 24 de junio, rec. núm. 29/2012.

primera vez el TS tiene la oportunidad de pronunciarse sobre las dos cuestiones interpretativas relativas al art. 63 de la LDC que habían sido objeto de razonamiento y fallo por la AN en la referida Sentencia de 6 de marzo de 2013, y que se abordan de nuevo por la AN en esta Sentencia de 24 de junio de 2013 impugnada ante el TS por la Abogacía General del Estado.

La Sentencia 112/2015, de 29 de enero (rec. núm. 2872/2013) da «una de cal y una de arena» a la AN. Por un lado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS confirma la interpretación de la AN sobre el límite del 10 por 100 de volumen de negocio, resolviendo que en ningún caso constituye un «umbral de nivelación» como alegaba la Abogacía del Estado defendiendo la postura de la CNMC, si no el valor máximo o techo de una escala o «arco sancionador» dentro de la que se debe precisar el porcentaje sancionador, siendo esta interpretación la única que se ajusta a la literalidad del precepto y los principios de tipicidad y reserva de ley derivados del art. 25 de la Constitución⁶³.

Para el TS, los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (1, 5 o 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora, según se trate de infracciones, leves, graves o muy graves), constituyen en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando por el valor mínimo, culmina con el correlativo porcentaje y ello se desprende de la preposición «hasta» que se repite tres veces (es decir con cada porcentaje máximo) en el art. 63.1.

Sentada esta premisa, la Sala destaca la que, a su juicio, es una incoherencia del argumento del abogado del Estado, por cuanto que este interpreta el límite máximo del 10 por 100 como un «umbral de nivelación» para la multa que resulte de aplicar la metodología de la Comunicación de 2009 y que tiene como finalidad evitar que la multa convierta en inviable a la empresa. Sin embargo, el TS sostiene que el argumento de la Abogacía del Estado, «no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales» (es decir, al 1 por 100, infracciones leves y al 5 por 100, infracciones graves), «pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al 1 por 100 del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos»⁶⁴. Para el TS, los otros límites porcentuales previstos en el art. 63.1 tienen el mismo significado y carácter que el límite del 10 por 100 para las infracciones muy graves, razón por la cual el argumento del abogado del Estado, «que coincide con el que asume la Comunicación [...] no resulta aceptable»⁶⁵.

Destaca que la metodología de la Comunicación de 2009 implica «en un primer momento fijar un “importe básico de la sanción” sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del 30 por 100 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

⁶³ FJ 5.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

⁶⁴ *Ibid.* FJ 5.º

⁶⁵ *Id.*

por cada una de las agravantes —que pueden ser, obviamente varias— se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un 5 y un 15 por 100. Y solo en una tercera fase se ajusta “cuando proceda”, la cantidad así obtenida a los límites fijados en el art. 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 solo a modo de correctivo el porcentaje del 10 por 100 del volumen de negocios»⁶⁶.

Según el TS, este método de cálculo de las sanciones «podrá ser» aceptable con arreglo al art. 23 del Reglamento 1/2003, pero no con arreglo al art. 63.1 de la LDC, porque en esta disposición se establecen los límites máximos de la multa (1, 5 o 10 por 100), respectivamente para las tres categorías de infracciones (leves, graves o muy graves), dentro de una escala de sanciones donde debe individualizarse la multa, y ninguno de estos límites máximos se fija como un «umbral de nivelación» o «límite extrínseco» a las tres escalas sancionadoras del art. 63.1, como pretende la CNMC. El TS recuerda, aludiendo a los delitos tipificados en el Código Penal como ejemplo comparativo, que «la predeterminación de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquellos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador»⁶⁷.

Lo que en definitiva el TS está destacando es que en el sistema español de la competencia, el régimen sancionador no va de «abajo hacia arriba», sino de «arriba hacia abajo»⁶⁸, lo que lo diferencia del sistema sancionador que instaura el art. 23 del Reglamento 1/2003, donde el límite del 10 por 100 en él recogido sí que se configura como un «umbral de nivelación» aplicable a todo tipo de multas, con independencia de si sancionan infracciones leves, graves o muy graves. En consecuencia, lo que no puede pretender la CNMC es armonizar a través de un instrumento de *soft law* (o «derecho indicativo»), como es una «comunicación», el sistema de la LDC con el previsto en el ámbito comunitario para cuando la Comisión Europea aplica los arts. 101 y 102 del TFUE, pues las garantías constitucionales derivadas del principio de tipicidad y reserva de Ley (ex art. 25 de la Constitución) «harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley»⁶⁹.

En definitiva, el TS resuelve que la postura de la CNMC, reflejada en su Comunicación de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones no tie-

⁶⁶ *Id.* Algún comentarista ha destacado que, a pesar de esta afirmación sobre el sesgo al alza de la metodología de la Comunicación de 2009, el TS no cuantifica ni relaciona cuáles son los casos en los que se ha producido, ni tampoco de qué forma se habría vulnerado el principio de proporcionalidad en el concreto caso objeto del recurso (véase C. PASCUAL, *op. cit.*, p. 12).

⁶⁷ FJ 5.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

⁶⁸ C. PASCUAL, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁹ FJ 7.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

ne respaldo legal, destacando expresamente que las sanciones fijadas por Ley no pueden ser alteradas por vía reglamentaria y menos a través de una comunicación de la CNMC, organismo que, recuerda el TS, carece de potestades reglamentarias en la materia. Por ello, resuelve que el método de cálculo de las sanciones contenido en la Comunicación de 2009 es contrario a Derecho y no puede aplicarse⁷⁰.

La segunda cuestión interpretativa sobre la que se pronuncia el TS se refiere a si el «volumen de negocios total» lo es en todas las actividades económicas del infractor, tengan o no relación con la infracción, o únicamente se debe tener en cuenta el volumen de negocios total en los mercados *afectados* por la infracción. En definitiva, el TS se pronuncia sobre el concepto de «volumen de negocios total de la empresa» que sirve de base para calcular la sanción.

En este punto, el TS se alinea con la tesis del voto particular a la Sentencia de la AN recurrida y casa en este punto la Sentencia de la AN y con ello la doctrina de la AN sobre la interpretación de este concepto que, recordemos, la AN vinculaba exclusivamente al volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción, y que, muchos especialistas en competencia y algunos autores consideraban equivocada⁷¹.

El TS recurre a un razonamiento escueto pero eficaz cuando sostiene que el término «volumen de negocios total» se refiere a la cifra total de la actividad económica de la empresa infractora y no únicamente al ámbito de la actividad afectado por la infracción, tal y como venía sosteniendo la AN en contra de la postura de la CNMC. Para llegar a esta conclusión se apoya en un criterio teleológico, esgrimiendo que fue el legislador de 2007 el que decidió añadir expresamente el adjetivo «total» al sustantivo «volumen», que ya figuraba sin dicho adjetivo en el texto del art. 10 de la Ley 16/1989, y que con ello quería subrayar que la cifra de negocios que se emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte del volumen (el correspondiente únicamente al mercado afectado), sino al «todo» de aquel volumen⁷².

La anterior postura, sin embargo, no significa que el volumen de negocios específicamente realizado en el mercado afectado no deba tenerse en cuenta a los efectos de cumplir con el principio de proporcionalidad y de hecho se contempla como uno de los criterios para determinar la cuantía de la multa en el art. 64.1 de la LDC. El TS aclara que si bien es válido utilizar el «volumen de negocios total» del infractor 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

⁷⁰ *Ibid.*, FFJJ 7.º y 9.º Nótese que el TS no declara formalmente la nulidad de la Comunicación de 2009, sino de su método de cálculo (FJ 10.º), pero, a efectos prácticos, lo que esto significa es que la Comunicación de 2009 no es compatible con nuestro ordenamiento y no puede seguir aplicándose.

⁷¹ F. MARCOS, «Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition infringements in Spain», *Working Paper IE Law School*, AJ8-220-I, 19 de febrero de 2015, pp. 12-13.

⁷² FJ 8.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

conducta infractora conforme a los criterios relativos al mercado afectado por la infracción (cuota de mercado, dimensión, o los beneficios ilícitos obtenidos) es necesaria para cumplir con el principio de proporcionalidad. Como vemos y en el ejercicio de su estricto papel jurisdiccional, el TS no establece un método específico para el cálculo de las sanciones, lo que significa que es la CNMC la que, de acuerdo con su propio entendimiento de la jurisprudencia del TS, ha determinado la concreta aplicación de esta jurisprudencia a los supuestos de hecho que ha investigado y sancionado, o a los expedientes en los que ha procedido en ejecución de sentencia a recalcular las multas⁷³.

Lo que sí encontramos en la Sentencia del TS es un interesante *obiter dicta* en el que el TS reconoce que «con las solas reglas contenidas en los arts. 63 y 64 de la Ley 17/2015» es difícil compaginar la finalidad disuasoria de las multas con el principio de proporcionalidad. Pese a ser consciente de ello, el TS recuerda que corresponde al legislador valorar la insuficiencia de la aptitud intimidatoria de las sanciones, debiendo calibrar, en su caso si es preciso una reforma parcial de la LDC en este punto, «dado que aquella [insuficiencia] 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»⁷⁴. El TS proporciona algunas indicaciones del tipo de «refuerzos» disuasorios que el legislador podría plantearse, tales como, por ejemplo, incluir un criterio que tenga en cuenta la probabilidad en la detección de las conductas infractoras y que pudiera dar lugar a una multa por encima del beneficio ilícito obtenido por el infractor⁷⁵.

Asimismo es, a nuestro juicio, significativa la referencia final del TS al hecho de que el efecto disuasorio de las sanciones en materia de infracciones de la competencia debe predicarse en el conjunto de la política de competencia, por lo que no se puede soslayar que también tienen un efecto disuasorio la facultad de la CNMC para imponer multas a los directivos de las empresas infractoras (hasta 60.000 euros), o la aplicación privada del Derecho de la competencia, a través del ejercicio de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios causados por los infractores⁷⁶.

Tras esta primera Sentencia de 29 de enero de 2015, el TS se ha pronunciado sobre estas mismas cuestiones en otras sentencias⁷⁷, confirmando su doctrina en todas ellas y, en algunos casos, aclarando algún punto de su

⁷³ *Ibid.*, FJ 9.º

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Este criterio ha sido criticado por algún comentarista por entender que la mayor o menor probabilidad de detección de una infracción depende de la eficacia de las propias autoridades de defensa de la competencia, implicando que no sería necesariamente un criterio compatible con el principio de proporcionalidad (cfr. C. PASCUAL, *op. cit.*, pp. 8-9).

⁷⁶ FJ 9.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

⁷⁷ Entre otros, que también se citan *infra*, STS 2547/2015, de 8 de junio, rec. núm. 3253/2014, *The Colomer Group Spain* y STS 2503/2015, de 8 de junio, rec. núm. 1763/2014, *Eugene Perma Group*.

doctrina que ha suscitado dudas interpretativas. En sus sentencias de fecha 30 de enero de 2015⁷⁸, en los asuntos *Fórde* y *Ascan*, respectivamente, el Alto Tribunal estimó el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado sobre la base del principio de unidad de doctrina⁷⁹ y resolvió que el año del volumen de negocios que se debe tener en cuenta a la hora recalcular el importe de la multa debe ser el del año inmediatamente anterior al de la fecha de resolución de la autoridad de competencia impugnada, no el del año anterior al de la imposición de la nueva sanción en ejecución de la jurisprudencia del TS⁸⁰.

El TS también ha resuelto, en aplicación de la prohibición de la *reformatio in peius* vigente en nuestro Derecho sancionador, que las multas que sean recalculadas en ejecución de sus sentencias en ningún caso pueden ser superiores a las multas anuladas⁸¹.

5. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS POR LA CNMC

La CNMC aplicó por primera vez la jurisprudencia del TS en materia de cálculo de multas en su Resolución de 26 de febrero de 2015 (Expte. S/0425/12 *Industrias Lácteas 2*)⁸². La CNMC indica preliminarmente que debe reconsiderar el método que venía aplicando sobre la determinación de las sanciones y cumplir con las directrices que se desprenden del pronunciamiento del TS⁸³. En consonancia con la doctrina del TS, tal y como la ha entendido la CNMC, la Resolución distingue entre los elementos de graduación conducentes a concretar el tramo de la escala de la sanción que se va a aplicar⁸⁴, y los criterios que le van a permitir individualizar la multa para cada uno de los infractores⁸⁵.

⁷⁸ STS 227/2015, de 30 de enero, rec. núm. 2793/2013, *Ascan* y STS 237/2015, de 30 de enero, rec. núm. 1476/2014, *Fórde*.

⁷⁹ FJ 2.º Sentencia *Ascan* y FJ 3.º Sentencia *Fórde*.

⁸⁰ FJ 2.º Sentencia *Ascan* y FJ 3.º Sentencia *Fórde* y STS 245/2015, de 2 de febrero, rec. núm. 5625/2015, *Extrato*.

⁸¹ STS 2710/2015, de 22 de junio, rec. núm. 1036/2013, *Licitaciones carreteras*.

⁸² FFDD 7.º y 8.º En esta Resolución, la CNMC declaró como responsables de un intercambio de información sobre precios de compra de leche de vaca cruda, volúmenes de compra de ganaderos y excedentes de leche a un total de nueve empresas y dos asociaciones e impuso como sanción multas por un importe total conjunto de 88,2 millones de euros.

⁸³ STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

⁸⁴ Esto significa que si, como en el caso investigado, la infracción se califica como muy grave y, en consecuencia, la escala de la sanción puede abarcar del 0 hasta el 10 por 100 (art. 63.1), la CNMC, en función de las características y circunstancias generales de la infracción puede decidir que el reproche sancionador se sitúe en el tramo medio de dicha escala (es decir, hasta el 5 por 100) o, en su caso en el tramo más elevado (esto es, del 5 al 10 por 100).

⁸⁵ Este mismo razonamiento se sigue, entre otras que se citan posteriormente, en la Resolución de la CNMC de 28 de mayo de 2015, Expte.: S/0471/13 *Concesionarios Audi/Seat/VW* (infracción que, según la CNMC, consistió en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como el intercambio de información sensible en el mercado de distribución de vehículos de motor turismos y de las marcas AUDI, VW, y SEAT a través de concesionarios independientes del fabricante y concesionarios propiedad de la marca, con la colaboración, dependiendo de las marcas de vehículos y de las zonas geográficas de dos asociaciones,

En cuanto a los primeros, y atendiendo a que el art. 64.1.b) de la LDC alude como criterio de graduación a la «cuota de mercado de la empresa o empresas responsables» y su letra c) se refiere al «alcance la infracción», y sin perjuicio de que la concreta facturación individual de cada una de las empresas en el mercado afectado por la conducta vaya a ser también considerada para concretar la multa de cada una de las infractoras, la CNMC tiene en cuenta la «cuota conjunta» de todas las empresas infractoras que, en dicho asunto, alcanzaba un porcentaje que superaba el 50 por 100. Asimismo, el art. 64.1.a) alude a las «características del mercado», y, aplicando este criterio, la CNMC sostiene que las conductas sancionadas se han producido sobre una materia prima relacionada con productos de consumo básico, lo que revela su gravedad, pero también reconoce que el alcance geográfico de la conducta es regional y no nacional.

La CNMC también tiene en cuenta la duración de la conducta [art. 64.1.d)], y vuelve a destacar que, aunque la duración servirá como parámetro de individualización de la multa, «conviene» que este factor guíe la graduación general del reproche sancionador para todas las empresas, porque, se argumenta, la duración general de la conducta revela en cierta medida su alcance y efectos [art. 64.1, letras c) y e)].

La CNMC analiza también en el criterio relativo al «efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos», destacando que el daño que las conductas infractoras pueden tener sobre los ganaderos es «significativo e incuestionable, tratándose además de operadores particularmente vulnerables por su pequeña dimensión». Finalmente, la CNMC destaca que no se había acreditado la existencia de un mecanismo de seguimiento o represalia de carácter formalizado que dote de particular fuerza o eficacia a la infracción, y que esta ha tenido una diferente intensidad a lo largo de su duración.

Con todos estos elementos, y en aplicación de lo que la CNMC entiende que son los criterios interpretativos de la jurisprudencia del TS, la CNMC llega a la conclusión de que, habida cuenta de la «densidad antijurídica»⁸⁶ de la conducta, el reproche sancionador de esta infracción, calificada como de muy grave (sanción del 0 al 10 por 100 del volumen de negocios total), debe situarse en el tramo medio de dicha escala, es decir, en el 5 por 100 como máximo⁸⁷.

ACEVAS y ANCOSAT, y de dos empresas de consultoría y servicios, ANT y HORWATH). También en la Resolución de 23 de julio de 2015, Expte.: S/0482/13 *Fabricantes de automóviles* (infracción que, según la CNMC, habría consistido en un supuesto intercambio de información estratégica y sensible entre varias marcas relativa a indicadores económicos de sus respectivas redes de concesionarios, resolución recurrida ante la AN).

⁸⁶ El término «densidad antijurídica» es utilizado por el TS, entre otras, en su Sentencia de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2015, como criterio que permite justificar un mayor o menor porcentaje de sanción dentro la escala sancionadora aplicable a una conducta.

⁸⁷ En las Resoluciones que la CNMC ha adoptado hasta la fecha (noviembre 2015) aplicando la jurisprudencia del TS al cálculo de las multas, y referidas en su mayoría a infracciones muy graves, se observa que la tendencia de la CNMC es situar el valor porcentual de la sanción en el tramo de la escala que va del 0 al 5 por 100. En las Resoluciones adoptadas en fecha 5 de marzo de 2015, dictadas

Tras este ejercicio, la CNMC procede a individualizar las sanciones y para ello tiene en cuenta el valor del mercado afectado por la conducta a lo largo de su duración y la cuota de participación de cada infractora en la conducta infractora, y sostiene que en función de la cuota de cada una de las empresas infractoras en el mercado afectado durante el tiempo de la duración de la infracción es posible individualizar al alza o a la baja el reproche sancionador para cada una de ellas.

Por ello, la CNMC, y pese a reconocer que el factor de la duración ha sido implícitamente tenido en cuenta al analizar la dimensión del mercado afectado durante la conducta, entiende que su prolongación en el tiempo constituye en sí mismo un factor directamente relacionado con el daño infligido al funcionamiento competitivo del mercado y con el alcance de la infracción cometida por cada empresa [art. 64.1.c)]. La duración de la participación de cada empresa en la infracción «debe conducir a un incremento proporcional del tipo sancionador para los supuestos de mayor duración y a una reducción para aquellos de duración comparativamente menor».

A continuación, la CNMC se refiere al «beneficio ilícito como criterio de proporcionalidad», que garantiza que «la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas»⁸⁸, y se remite a la «doctrina económica más autorizada» para subrayar que, con arreglo a los resultados de varios estudios económicos sobre esta cuestión, dicho beneficio ilícito se suele fijar por las Autoridades de Competencia de diversos países, incluyendo el *Bundeskartellamt* alemán, «por encima del 10 por 100 del volumen del mercado afectado durante la conducta, como presunción general para la fijación de esa ganancia ilícita y daño potencial». Este «atajo intelectual» revela que la

en el marco de los siguientes expedientes: Expte.: S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW* (FD 8.2), Expte.: S/0486/13, *Concesionarios Toyota* (FD 7.5), Expte.: S/0487/13, *Concesionarios Land Rover* (FD 7.5), y Expte.: S/0488/13, *Concesionarios Hyundai* (FD 7.5), la CNMC resolvió que la sanción no se debía situar en el «tramo superior de la escala». En sus Resoluciones de 18 de junio de 2015, Expte.: S/0469/13, *Fabricantes de Papel y Cartón Ondulado* (FD 9.2) y de 25 de junio de 2015, Expte.: S/0454/12, *Transporte Frigorífico* (FD 8.3), la CNMC sostuvo que la ponderación entre disuasión y proporcionalidad «conduce a imponer sanciones en el tramo medio de la escala», reiterando una vez más la línea marcada en resoluciones anteriores. Asimismo, en la Resolución de 16 de julio de 2015, Expte.: S/0490/13, *Acuerdos Telefónica/Yoigo*, la CNMC mantuvo que el reproche sancionador se debía situar en el tramo inferior dentro de la escala legal (y teniendo en cuenta que la infracción se calificó como muy grave, dicho acuerdo expresa que la sanción se iba a fijar por debajo del 5 por 100 del volumen de negocios total de cada empresa infractora) (FD 7.3). Esta misma conclusión se encuentra en las Resoluciones de CNMC de 23 de julio de 2015, Expte.: S/436/12, *DTS Distribuidora de TV Digital* (FD 8.4), de 23 de julio de 2015, Expte.: S/0482/13, *Fabricantes de automóviles* (FD 7.3), de 26 de julio de 2015, Expte.: SACAN/31/2013, *Honorarios Profesionales Abogados de Las Palmas* (FD 10) y de 17 de septiembre de 2015, Expte.: SNC/0036/15, *Mediaset* (FD 3.3). El tramo medio (0-5 por 100) de la escala prevista para infracciones muy graves fue a su vez aplicado en las siguientes Resoluciones de recálculo de multas en ejecución de la jurisprudencia del TS: Resoluciones de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BCN Aduanas y Transportes, S. L.*; de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas Williams & Humbert, S. A.*; de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas González Byass, S. A.*, y de 8 de octubre de 2015, Expte.: VSACAN/0012/11, *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*.

⁸⁸ Art. 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CNMC es consciente de las dificultades prácticas que plantea la determinación del beneficio ilícito y, por ello, juzga necesario acudir a un método que, a su juicio, pueda ser replicable y practicable en aquellas resoluciones en las que se impongan multas. La cuestión que se plantea es, si el recurso a las presunciones para estimar el posible beneficio ilícito es realmente compatible con el principio de proporcionalidad⁸⁹.

Finalmente, y una vez estimado el presunto beneficio ilícito para cada una de las empresas infractoras, la CNMC procede a determinar el porcentaje a aplicar —dentro del tramo elegido dentro de la escala aplicable en función de la calificación de la infracción y su «densidad antijurídica» (en el caso *Industrias Lácteas 2*, un porcentaje de hasta el 5 por 100)— al volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el ejer-

⁸⁹ En las Resoluciones que la CNMC ha adoptado hasta la fecha (noviembre de 2015) aplicando la jurisprudencia del TS al cálculo de las multas (en su mayoría referidas a infracciones muy graves) y en lo que respecta a la consideración del beneficio ilícito como criterio de proporcionalidad al objeto de evitar que la comisión de infracciones no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de la normativa infringida, es posible observar la tendencia de la CNMC a tomar como referencia bien el 10 por 100 sobre el volumen del mercado afectado por la conducta o el intervalo del 5 al 10 por 100, según el caso; sin perjuicio de que en algunos expedientes la CNMC haya aplicado un 8 por 100 o haya resuelto que no era posible estimar el beneficio ilícito. En su Resolución de 26 de febrero de 2015, Expte.: S/0425/12, *Industrias Lácteas 2*, la CNMC entendió «muy razonable utilizar un 10 por 100 como referencia para valorar el beneficio ilícito de la infracción» (FD 7.5) y el mismo porcentaje del 10 por 100 se tuvo en cuenta en las Resoluciones de 18 de junio de 2015, Expte.: S/0469/13, *Fabricantes de Papel y Cartón Ondulado* (FD 9.4) y de 25 de junio de 2015, Expte.: S/0454/12, *Transporte Frigorífico* (FD 8.5). En su Resolución de 28 de mayo de 2015, Expte.: S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW*, la CNMC aplicó un porcentaje del 5 por 100 (FD 8.4) y en sus Resoluciones adoptadas en fecha 5 de marzo de 2015, dictadas en el marco de los siguientes expedientes: Expte.: S/0486/13, *Concesionarios Toyota* (FD 7.5), Expte.: S/0487/13, *Concesionarios Land Rover* (FD 7.5), y Expte.: S/0488/13, *Concesionarios Hyundai* (FD 7.5), la CNMC resolvió que el intervalo a considerar a efectos de estimar el beneficio ilícito obtenido por las empresas partícipes era del 5 al 10 por 100 sobre el valor del mercado afectado por la conducta. En su Resolución de 8 de octubre de 2015, Expte.: VSACAN/0012/11, *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*, el porcentaje utilizado fue del 8 por 100 (FD 3.3). Por el contrario, en la Resolución de 16 de julio de 2015, Expte.: S/0490/13, *Acuerdos Telefónica/Yoigo*, la CNMC sostuvo que teniendo en cuenta «la naturaleza concreta de estos acuerdos y el carácter complejo de sus efectos netos no permiten utilizar en este expediente la dimensión de los mercados afectados para valorar la proporcionalidad y la disuasión de la sanción ya que no todo el beneficio obtenido por los operadores implicados puede considerarse como beneficio ilícito, ni tampoco puede aproximarse el daño producido con una referencia global al tamaño de los mercados afectados» (FD 7.4), y en su Resolución de 23 de julio de 2015, Expte.: S/436/12, *DTS Distribuidora de TV Digital*, se pronunció en esta misma línea y resolvió que «si bien el 10 por 100 del volumen del mercado afectado puede considerarse un punto de partida válido y prudente para determinar en general el beneficio ilícito de una conducta anticompetitiva cuando es calificada como cártel, en el presente caso, las características concretas de la conducta anticompetitiva y de los distintos mercados afectados por la infracción sancionada impiden aplicar un porcentaje de este tipo (10 por 100) con carácter general a los distintos mercados afectados por la infracción» (FD 8.4). Por otra parte, cabe destacar que la CNMC en su Resolución de fecha 23 de julio de 2015, Expte.: S/0482/13, *Fabricantes de Automóviles*, acordó no considerar un intervalo determinado sobre el valor del mercado afectado por la conducta y vinculó genéricamente el posible beneficio ilícito al grado de participación de las empresas supuestamente infractoras en el mercado afectado («La mayor facturación en el mercado afectado por la conducta denota una mayor intensidad o participación en la conducta y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales. Siendo ello así, se considera ajustado al principio de proporcionalidad y a la necesaria individualización de las multas ajustar el porcentaje de la sanción al alza o a la baja en función de la mayor participación en cada empresa en la que la facturación global en el mercado afectado por la conducta durante el tiempo en que esta resulta acreditada», FD 7.4).

cicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, de acuerdo con lo dispuesto en la jurisprudencia del TS. El tipo sancionador que se aplica sobre el volumen total de ventas para determinar la multa, dice la CNMC, deberá ser reducido cuando conduzca a una clara desproporción entre la multa resultante y la estimación del beneficio ilícito, pero a la vez reconoce en algunas de sus resoluciones que el principio de proporcionalidad no exige que la sanción sea inferior al beneficio ilícito y daño potenciales de las empresas infractoras, ya que estos se usan «como referencia, que se limita a actuar como criterio modulador»⁹⁰.

La aplicación por la CNMC de la jurisprudencia del TS en materia de fijación de multas por infracción de la normativa de competencia plantea, a nuestro juicio, serias dudas acerca de su compatibilidad con el principio de proporcionalidad, así como con la obligación de motivación de las resoluciones sancionadoras para preservar los derechos de defensa del infractor.

En lo que respecta más específicamente al principio de proporcionalidad, por un lado, llama la atención que la cuota de mercado de las empresas infractoras se tenga en cuenta dos veces. Primero, como criterio de graduación general cuando se tiene en cuenta la cuota conjunta de todas las empresas infractoras en el mercado afectado por la conducta, y, en segundo lugar, cuando la CNMC tiene en cuenta la cuota de participación de cada empresa en la infracción que se quiere sancionar. Existen a nuestro juicio serias dudas de que este proceder sea compatible con el art. 64.1.b) de la LDC, que refiere el criterio de la cuota de mercado a la empresa o empresas responsables individualmente consideradas y no a la cuota de mercado global de dichas empresas. Mediante la aplicación de este procedimiento de cálculo se llega a duplicar el reproche punitivo a la hora de calcular la multa, produciendo un claro sesgo al alza, que tendría difícil encaje con el principio de proporcionalidad.

Este mismo ejercicio de duplicidad sancionadora acontece cuando la CNMC aplica el criterio de la duración de la infracción previsto en el art. 64.1.d). Por un lado, lo tiene en cuenta como criterio general para medir la «densidad antijurídica» de la sanción, destacando que, en el caso investigado, la duración de la infracción en su conjunto era superior a diez años⁹¹ y, por otro lado, como criterio a la hora de individualizar la duración de la participación de cada fabricante en la infracción.

⁹⁰ Resoluciones de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Expte.: S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW* (FD 8.4): «Cuando una conducta anticompetitiva tenga una duración reducida acreditada, la proporción que supone la sanción respecto del beneficio ilícito será necesariamente más alta que cuando las conductas ilícitas tenga una larga duración, y este trato desigual es precisamente lo que garantizará la proporcionalidad de las sanciones de las infracciones más graves y prolongadas, especialmente las cometidas por empresas multiproducto». Véanse en este mismo sentido las Resoluciones de 5 de marzo de 2015, Expte.: S/0486/13, *Concesionarios Toyota* (FD 7.5) y Expte.: S/0487/13, *Concesionarios Land Rover* (FD 7.5), Expte.: S/0489/13, *Concesionarios Opel* (FD 7.5) y Expte.: S/0488/13, *Concesionarios Hyundai* (FD 7.5).

⁹¹ Resolución de la CNMC de 26 de febrero de 2015, Expte.: S/0425/12, *Industrias Lácteas 2*, (FD 4.1.2).

La CNMC tampoco ha resuelto el «factor distorsionador» a efectos del cálculo de la multa que supone que las cifras de volumen total de negocio de las empresas sancionadas no sean homogéneas, y las consecuencias que de ello se derivan desde el punto de vista del respeto del principio de proporcionalidad y no discriminación. En su Resolución de 23 de julio de 2015, en el asunto *Fabricantes de Automóviles*⁹², la CNMC reconoce que las cifras de negocios de las incoadas no son homogéneas debido al diseño de su estructura societaria, ya que algunas empresas tienen separadas en distintas sociedades las actividades de fabricación (no afectadas por la supuesta infracción), por un lado, y las actividades de distribución de vehículos y postventa, por otro, mientras que otras las tienen integradas en una única sociedad.

La Resolución admite que las empresas que presentan un volumen de facturación total más elevado por razón de la integración de estas actividades recibirían una sanción superior en términos absolutos y que ello no respetaría el principio de proporcionalidad. Por ello, recurre a un «factor de proporcionalidad» consistente en tener en cuenta la cuota de matriculación de vehículos turismo en España de cada empresa sancionada, de forma que, según se explica en la Resolución, «en los casos en los que se constata una desproporción entre el volumen de negocios total de la empresa y su cuota de matriculación de turismos en España, se ha procedido a reducir de forma adecuada el porcentaje sancionador a aplicar para asegurar la proporcionalidad de la sanción entre las empresas infractoras»⁹³.

Pese a este ejercicio supuestamente corrector de la ausencia de homogeneidad de los volúmenes de facturación total entre las empresas infractoras y que conduce a una reducción del tipo que correspondería a las empresas con actividades integradas de no aplicarse esta reducción (porcentaje que no se constata en la Resolución), lo cierto es que el análisis de las multas impuestas a cada una de estas empresas revela que a estas se les sigue imponiendo una multa más elevada que la que les hubiera correspondido si se hubiera tenido únicamente en cuenta su volumen de facturación en los mercados afectados por la infracción (distribución de vehículos y postventa). En esos casos, la falta de adecuación de la metodología seguida por la CNMC para la determinación de la multa con los principios de proporcionalidad y no discriminación resulta todavía más patente. Asimismo, no se especifica el porcentaje de reducción que se aplica para intentar corregir esta distorsión ni cómo se ha llegado al mismo, carencia que engarza con la ausencia de motivación suficiente en las resoluciones que hemos analizado y que se expone en los párrafos siguientes.

En lo que atañe al cumplimiento del deber de motivación, lo que se observa en las Resoluciones de la CNMC, tanto en las nuevas Resoluciones sancionadoras, como en las Resoluciones que han sido dictadas para recalcular

⁹² Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, Expte.: S/0482/13, *Fabricantes de automóviles* (FD 7.3).

⁹³ *Ibid.*, FD 7.3.

las multas con arreglo a la jurisprudencia del TS (es decir, impuestas antes del 29 de enero de 2015)⁹⁴ es la existencia de un salto argumentativo en el razonamiento de la CNMC. Se determina ciertamente el tramo de la escala en el que se fijarán los porcentajes a aplicar sobre el volumen de negocios total de las empresas infractoras y se intenta medir el impacto de la conducta de cada infractor en el mercado afectado por la infracción, pero cuando se traslada dicho razonamiento a la fijación del porcentaje que finalmente la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC decide aplicar al volumen de negocios total de cada infractor se omite cualquier explicación al respecto⁹⁵. El hecho de que las resoluciones de la CNMC estén huérfanas de cualquier explicación de cómo se llega exactamente a cada porcentaje que se aplica al concreto volumen de negocios total, sitúa a las empresas sancionadas en una situación de grave indefensión, que debería corregirse en un futuro próximo.

Es posible que desde una óptica estrictamente de política sancionadora se pueda afirmar que con este proceder se incrementa el efecto disuasorio de las multas⁹⁶, pues los potenciales infractores carecen de elementos para realizar una estimación de sus contingencias *antitrust* e integrarla en su valoración de riesgo-beneficio sobre si abandonar, sumarse o permanecer en una conducta restrictiva de la competencia (por ejemplo, en un cártel), pero este posible plus disuasorio no nos parece argumento suficiente para desplazar a un segundo plano la exigencia ineludible de motivar cómo se ha calculado exactamente la sanción.

Finalmente, es necesario referirse específicamente, y aunque sea someramente, a las Resoluciones de recálculo de las multas en ejecución de la jurisprudencia del TS. El análisis de las adoptadas hasta la fecha permite aventurar, tentativamente, dos observaciones: una de carácter procedimental y otra sustantiva. En cuanto al procedimiento que la CNMC está siguiendo para recalcular las multas, se observa que la CNMC no está dando audiencia a las partes sobre las sanciones que está imponiendo en ejecución de la doctrina del TS⁹⁷. No parece que este proceder, aunque sea coherente

⁹⁴ A título de ejemplo se citan las Resoluciones de la CNMC de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BCN Aduanas y Transportes, S. L.*; de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas Williams & Humbert, S. A.*, o de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas González Byass, S. A.*

⁹⁵ Esta falta de motivación ha sido destacada por dos de los vocales de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC (Fernando Torremocha y García-Sáenz, y Benigno Valdés Díaz) en sus respectivos votos discrepantes a la Resolución de la CNMC, de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BCN Aduanas y Transportes, S. L.*: «En la presente Resolución es imposible saber cómo se ha llegado a la multa impuesta; imposible no ya para los sancionados, sino para mí — una situación con la que, por razones obvias, me encuentro muy incómodo—. Ignoro absolutamente por qué procedimiento se ha llegado a concluir que el porcentaje sancionador (el 3 por 100) es el resultado de aplicar la jurisprudencia emanada del TS (por todas, STS de 29 de enero de 2015, recurso de casación núm. 2872/2013)» (voto discrepante de Benigno Valdés).

⁹⁶ F. MARCOS, «El futuro de las multas *antitrust* en España: claroscuros de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015», disponible en <http://www.observatorioantitrust.eu/es/el-futuro-de-las-multas-antitrust-en-espana-claroscuros-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-de-2015/> (consultado por última vez el 8 de noviembre de 2015).

⁹⁷ Ello no impide a las partes presentar alegaciones, como sucedió en la Resolución de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas Williams & Humbert, S. A.*

con la práctica de la Dirección de Competencia en los procedimientos sancionadores que instruye, sea respetuoso con los derechos de defensa de los administrados, por lo que sería muy recomendable que la CNMC introdujera un trámite de audiencia en estos casos⁹⁸.

También existe una cierta confusión acerca de si las partes pueden recurrir en vía contencioso-administrativa ante la Sala de lo Contencioso-Nacional de la AN las resoluciones en las que se recalcula la multa. A nuestro juicio, esta es una posibilidad que no se puede excluir, si bien la postura de la CNMC se muestra cambiante en este punto. La práctica de la CNMC en las resoluciones de ejecución de sentencia en las que se recalculaba el importe de las multas era indicar a las partes que podían presentar recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contra la citada resolución (art. 46 de la LJCA)⁹⁹. Sin embargo, en sus más recientes resoluciones de recálculo de la multa se informa a las partes que pueden promover contra la resolución incidente de ejecución de sentencia de conformidad con el art. 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, «LJCA»)¹⁰⁰.

Se puede aventurar que este cambio de postura del Consejo de la CNMC podría obedecer a un deseo de someter las cuestiones litigiosas que suscite el recálculo del importe de las multas a un procedimiento incidental y, por tanto, de más fácil y rápida tramitación que el procedimiento contencioso-administrativo. Siendo esta posible finalidad razonable, entendemos que no sería incompatible con la decisión de las partes de contestar el recálculo de la multa mediante la presentación de un recurso contencioso-administrativo si consideran que mediante este procedimiento pueden defender mejor sus pretensiones, aunque solo sea porque en el marco del procedimiento administrativo ordinario se puede presumir que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN tendrá ocasión de considerar más pausadamente sus argumentos.

⁹⁸ Y ello sin perjuicio de que nos parezca sumamente anómalo, por afectar en muchas ocasiones directamente al derecho de defensa de las partes, que en la práctica se acuerde nunca la celebración de vista, ni en sede administrativa (ante la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC) ni ya en sede contencioso-administrativa (ante la AN). Esta situación debería corregirse, bien introduciendo la correspondiente reforma legislativa en la LDC y/o en la LJCA, bien por la vía de la práctica decisoria de los órganos administrativos o judiciales llamados a resolver un asunto, ya que la vigente normativa permite una interpretación generosa en esta línea. Es de sobra conocido que la exposición oral de los argumentos de las partes contribuye, en ocasiones de manera decisiva, al mejor entendimiento que los llamados a resolver tienen del caso y esto minimiza el riesgo de emitir resoluciones o sentencias total o parcialmente erróneas en los casos en los que las multas, por su cuantía, pueden revestir carácter penal, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y en los que una condena puede producir un coste o estigma reputacional significativo para las empresas, amén de las consecuencias pecuniarias que se pueden derivar de acciones de reclamación de daños por los potenciales perjudicados (véase STEDH de 23 de noviembre de 2006, asunto núm. 73053/01, *Jussila c. Finland*).

⁹⁹ Véase, por ejemplo, Resolución de ejecución de Sentencia de fecha 25 de septiembre de 2014, Expte.: VS/0086/08, *Peluquería Profesional* o la Resolución de ejecución de Sentencia de fecha 2 de octubre de 2013, Expte.: 558/03, *Mayoristas Pescado Alcantarilla*.

¹⁰⁰ Véase, en este sentido, la Resolución de ejecución de Sentencia de fecha 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas González Byass, S. A.*, y la Resolución de ejecución de Sentencia de fecha 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BcCN Aduanas y Transportes, S. L.*

El comentario sustantivo sobre las resoluciones de recálculo se refiere a la tendencia que apuntan estas Resoluciones en cuanto a la cuantía de las multas. Con carácter general y con la debida cautela que exige el limitado muestreo de resoluciones de que disponemos, las cuantías de las multas serán inferiores en aplicación de la doctrina del TS, lo que resulta lógico si tenemos en cuenta que el TS apreció en la metodología prevista en la Comunicación de 2009 un «sesgo al alza» en la graduación de las sanciones¹⁰¹.

6. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS DE REFORMA

Frente a la situación de total incertidumbre e inseguridad jurídica en este ámbito creada por la SAN de 6 de marzo de 2013, y las posteriores que la confirmaban, la doctrina jurisprudencial del TS que se inicia con la Sentencia de 29 de enero de 2015 resuelve al menos las dudas que planeaban sobre los grandes mimbres del sistema sancionador previsto en la LDC. Por un lado, se resuelve que el porcentaje máximo del 10 por 100 no es un «umbral de nivelación» que se aplique, a modo de factor moderador extrínseco, a la fijación de la cuantía de la multa, sino que forma parte de un «arco sancionador», y es dentro de ese arco sancionador donde se debe fijar la cuantía final de la multa. Asimismo, el TS aclara que el concepto «volumen de negocios total» significa el volumen de negocios realizado por la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, y no únicamente en el mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

En general, y pese a invalidar el método de cálculo de las multas previsto en la Comunicación de 2009, la doctrina del TS restituye la potestad sancionadora de las autoridades españolas de defensa de la competencia al momento anterior a marzo de 2013, cuando la doctrina de la AN interpretó el concepto de «volumen de negocios total» como circunscrito al mercado afectado por la infracción, y permite al sistema español de defensa de la competencia recuperar el pulso reputacional con otras autoridades de competencia de nuestro entorno.

Asimismo, y en una primera aproximación, se puede concluir que a partir de la STS de 29 de enero de 2015 se incrementa el grado de seguridad jurídica para los potenciales infractores respecto de la insostenible situación precedente. Sin embargo, tampoco se puede soslayar el hecho de que la declaración de invalidez de la metodología para el cálculo de las sanciones

¹⁰¹ Las multas, tal y como han sido recalculadas en algunos expedientes, muestran esta tendencia a la baja: Resoluciones de la CNMC de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BCN Aduanas y Transportes, S. L.* (multa inicial: 1.184.000 euros; multa final: 639.356 euros); de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0287/10, *Postensado y Geotecnia, empresa CTT Stronghold, S. A.* (multa inicial: 2.426.000 euros, multa final: 164.445,31 euros); de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas Williams & Humbert, S. A.* (multa inicial: 2.300.000 euros, multa final: 1.382.265 euros); de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas González Byass, S. A.* (multa inicial: 870.000 euros, multa final: 730.960 euros); de 8 de octubre de 2015, Expte.: VSACAN/0012/11, *Transporte Ayuntamiento Las Palmas* (multas iniciales a los tres infractores: 43.800 euros, 292.600 euros, 53.900 euros; multas finales, respectivamente: 35.148 euros, 241.752 euros, 46.476 euros).

contenida en la Comunicación de 2009 por parte del TS ha introducido un factor de incertidumbre sobre el cálculo de las multas, que no resuelve la propia doctrina del TS¹⁰². Ahora, la CNMC debe fijar las multas basándose directa y únicamente en los arts. 63 y 64 de la LDC, y sin que el esfuerzo de la CNMC en sus primeras resoluciones por entender la doctrina del TS y aplicarla a los casos concretos haya mejorado la previsibilidad, y por tanto, la excesiva incertidumbre que sigue existiendo en este ámbito.

El análisis de las primeras resoluciones en las que la CNMC aplica los nuevos criterios para la cuantificación de las sanciones revela la existencia de un margen de mejora significativo, exigido tanto por la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad como por el deber de motivar suficientemente cómo se calculan las multas para que las entidades infractoras no tengan la impresión, como sucede ahora, de que la cuantía de las multas se fija «a capón».

Lo anterior revela la necesidad de fijar de antemano los parámetros que la CNMC va a tener en cuenta cuando aplique los arts. 63 y 64 de la LDC. Es recomendable, por tanto, que en un futuro próximo, bien a través de una nueva Comunicación, técnica cuya validez no puede excluirse *a priori*, bien a través de una reforma parcial de la LDC¹⁰³, siendo quizás esta última vía la más segura desde un punto de vista constitucional, se regule la metodología que la CNMC debe seguir cuando aplica los arts. 63 y 64 de la LDC y, se incluyan normas precisas para evitar distorsiones al principio de proporcionalidad, como la que se puede observar en aquellos casos en los que los volúmenes de negocio totales de las empresas infractoras no son homogéneos, como sucedió en el asunto *Fabricantes de automóviles* (*cit. supra*).

Desde un punto de vista estrictamente procedimental, a nuestro juicio, es también necesario introducir una modificación en la LDC que contemple explícitamente que la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia incluya también un apartado con la cuantía de la sanción que se propone al Consejo de la CNMC, de forma que las partes del procedimiento puedan presentar sus alegaciones sobre la cuantificación de la multa en este momento y que estas puedan ser analizadas detenidamente en fase de resolución por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

¹⁰² Algún autor ha criticado precisamente la doctrina del TS por entender que elimina «cualquier atisbo de previsibilidad y certidumbre para el cálculo de las multas, y reinstaura el perjuicio anti-económico del que el Tribunal Supremo ya había hecho gala en el pasado, que se aleja de las fórmulas y ecuaciones matemáticas para la estimación del importe de las sanciones» [véase F. MARCOS, «El futuro de las multas *antitrust*...», *op. cit.* (artículo en línea, *cit. supra*)].

¹⁰³ En este mismo sentido, C. PASCUAL, *op. cit.*, p. 9, quien propone legislar de forma que se instaure de nuevo parte de la metodología anterior a la STS de 29 de enero de 2015 teniendo en cuenta lo siguiente: i) una escala para obtener el importe básico de la sanción a partir de las ventas afectadas, que podría tener varios tramos en función de la calificación de la infracción como leve, grave o muy grave; ii) criterios que darían rangos de ajuste al importe básico en función de las circunstancias individuales (incluyendo posibles agravantes y atenuantes), y iii) un tope único para los tres tipos de infracciones sobre la capacidad de pago (volumen de ventas totales) y que, si se considera inequitativo que el mismo límite se aplique a todo tipo de empresas sin importar su tamaño, se podrían fijar dos o más topes o una fórmula progresiva relacionados con la capacidad de pago en función del tamaño de las empresas (y no con la gravedad de la infracción).

Finalmente, y en el concreto ámbito del procedimiento de recálculo de las multas impuestas por la CNMC con anterioridad al 29 de enero de 2015, es necesario, a efectos de garantizar los derechos de defensa de las empresas infractoras, que exista un trámite previo de alegaciones de forma que estas se puedan pronunciar sobre la cuantía que la CNMC se dispone finalmente a imponer.

DERECHO SANCIONADOR DE APAREJOS NORMATIVA. LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CÁLCULO DE LAS SANCIONES EN EN MATERIA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Celia Estrella Bana

Máster en Derecho Privado y Procedimiento
Jurídico Económico y Social
Universidad Carlos III de Madrid

PLANTEAMIENTO

El artículo 49 del Decreto-ley 16/2014, de 23 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2013, de 29 de octubre, por el que se crea el Tribunal de Defensa de la Competencia, establece que, a partir de la entrada en vigor de este decreto-ley, el artículo 49 del Real Decreto-ley 16/2013, de 29 de octubre, se modifica en su apartado 1, letra a), para que diga: «a) las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de prácticas restrictivas de la competencia, impuestas con anterioridad al 29 de enero de 2015, se recalculan de acuerdo con el artículo 49 del Real Decreto-ley 16/2014, de 23 de febrero, en el momento de la imposición de la sanción definitiva».

El presente artículo analiza la forma en que se debe aplicar la normativa sancionadora y procedimental de la CNMC a los casos de prácticas restrictivas de la competencia. En concreto, se analiza el procedimiento de recálculo de las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de prácticas restrictivas de la competencia, impuestas con anterioridad al 29 de enero de 2015, se recalculan de acuerdo con el artículo 49 del Real Decreto-ley 16/2014, de 23 de febrero, en el momento de la imposición de la sanción definitiva.

¹ Véase, en este sentido, el artículo 49 del Real Decreto-ley 16/2014, de 23 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2013, de 29 de octubre, por el que se crea el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el apartado 1, letra a).

