

LA RECIENTE DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN TORNO AL CÁLCULO DE LAS MULTAS POR INFRACCIONES DE LA LEY 15/2007, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ¿HACIA EL FIN DE UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA EFICAZ?

Vera SOPEÑA BLANCO
Exasesora del Presidente de la CNC
Héctor OTERO OTERO *
Exasesor del Consejo de la CNC

1. INTRODUCCIÓN

La política de competencia experimentó un cambio muy significativo en nuestro país con la puesta en marcha de la CNC el 1 de septiembre de 2007. Con anterioridad, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), encargado de la instrucción de los expedientes y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) encargado de la resolución, habían aplicado con éxito la antigua Ley de Defensa de la Competencia de 1989¹, pero los instrumentos de esta Ley para la investigación de prácticas restrictivas eran limitados. También, el esquema institucional y el procedimiento de recursos en ocasiones entorpecían la agilidad de su actuación.

La LDC creó la CNC, lo que supuso la introducción de una arquitectura institucional² más ágil —y pensamos, eficaz— que la anterior, y una

* Las opiniones y consideraciones realizadas en este artículo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no representan en ningún caso la opinión de la extinta CNC ni del organismo que la ha absorbido, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

¹ Ley 16/1989, de 15 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE* 1989, núm. 170, p. 22747.

² En lo que se refiere a la estructura institucional, frente al anterior SDC, integrada en el Ministerio de Economía y Hacienda, y TDC, la CNC respondía a un diseño institucional piramidal, con el Presidente en la cúspide coordinando dos unidades independientes: la Dirección de Investigación encargada de la instrucción de los expedientes, ya desde un organismo autónomo, y el Consejo, encargado de la resolución de los mismos, así como de, en su caso, la imposición de sanciones. Esta nueva estructura garantizaba un mayor grado de independencia, responsabilidad y especialización respecto del sistema institucional anterior. Ello permitió también agilizar los procedimientos sancionadores.

serie de instrumentos³ que han potenciado de manera muy importante la aplicación de las normas de competencia en nuestro país en el ámbito de las conductas.

Se reconocieron nuevos poderes de investigación que se tradujeron en unos resultados de inspecciones prácticamente desconocidos con anterioridad. La aplicación del Programa de Clemencia permitió conocer y dismantelar cárteles que, de otra forma, difícilmente habrían llegado a ser descubiertos por la autoridad. Como muestra del éxito del programa de clemencia, desde su puesta en marcha en 2008⁴, doce de los diecisiete cárteles sancionados por el Consejo de la CNC se habían iniciado a partir de solicitudes de clemencia al amparo del Programa.

Pero la conjunción de estos elementos no solo aumentó el número de los procedimientos incoados por la CNC, sino que permitió conocer infracciones de mayor gravedad, incrementó su capacidad probatoria y la posibilidad de sancionarlas en toda su extensión y gravedad⁵.

Por otro lado, los distintos indicadores observados en cuanto a la efectividad de la labor de las autoridades de competencia (reincidencia, ausencia de consecuencias económicas, mercantiles o laborales de los infractores, etc.) puso de manifiesto que el carácter disuasorio de sus actuaciones no estaba plenamente asentado.

Adicionalmente, la capacidad disuasoria de las sanciones juega un papel fundamental para asegurar la eficacia del Programa de Clemencia. El «premio» en forma de inmunidad de multas que recibe el primer delator del cártel, debe de ser lo suficientemente importante para que existan incentivos a la delación. Si las multas no son las adecuadas, esto es, si no tienen carácter verdaderamente disuasorio, se reducen los incentivos para recurrir a la autoridad de competencia, debilitando el instrumento más potente hasta la fecha para la lucha contra los cárteles.

En este contexto, en 2009, tras un amplio debate tanto interno como público, la CNC publicó una comunicación para la cuantificación de las sanciones por infracciones de la LDC, concretamente, de sus arts. 1, 2 y 3⁶ (en adelante, Comunicación o Comunicación de Sanciones). La Comuni-

³ En el ámbito de las conductas, la LDC dotó a la nueva CNC de instrumentos muy poderosos y eficaces en la lucha contra las prácticas restrictivas: se reforzaron notablemente los poderes de inspección, se reconoció a los funcionarios la condición de agente de autoridad, y se introdujo por primera vez en España el llamado Programa de Clemencia para la lucha contra los cárteles. Además, internamente, se organizó la Dirección de Investigación en subdirecciones especializadas, profesionalizando en mayor medida sus actividades.

⁴ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el 28 de febrero de 2008, *BOE* 2008, núm. 50, p. 11575.

⁵ A modo de anécdota, son fácilmente reconocibles las resoluciones adoptadas en virtud de la Ley 16/1989 simplemente «al peso». La profusión de los hechos acreditados gracias al éxito de las inspecciones conjuntamente con las declaraciones de clemencia, determinaba en muchas ocasiones la elaboración de resoluciones muy extensas, sobre todo en lo que se refiere a los Hechos Acreditados, en comparación con las resoluciones que hasta entonces se habían adoptado en aplicación de la Ley anterior 16/1989.

⁶ 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, disponible en la página web de la CNC: <http://www.cncompe->

cación, con el objetivo de mejorar la transparencia y predictibilidad de las sanciones, perseguía también una finalidad doble: garantizar tanto la seguridad jurídica de las empresas como el carácter disuasorio de las sanciones, con el fin último de aumentar la efectividad de todos los instrumentos de la Ley y, en definitiva, la eficacia de la política de competencia. En todo caso, la Comunicación se ajustaba como no podía ser de otra forma a los criterios establecidos en la Ley, incluido lógicamente el límite sobre la cuantía de la multa recogido en el art. 63 de la LDC.

Desde entonces, la cuantía de las multas impuestas ha aumentado. Según la memoria de la CNC del periodo 2012-2013⁷, las multas impuestas por la autoridad de competencia pasaron de 57,86 millones de euros en el ejercicio 2007-2008 a 454,12 millones en el ejercicio 2012-2013, multiplicando casi por ocho el monto total de las multas impuestas. Estos datos hay que ponerlos no obstante en relación con el resto de indicadores de la actividad de la CNC en el mismo periodo: el número de inspecciones realizadas y de procedimientos incoados (excluyendo por tanto los no incoados y archivados) que también se incrementaron muy significativamente; y con otras consideraciones, como el hecho de que muchos de los procedimientos incoados constituyeran infracciones de cártel muy graves, cuando en periodos anteriores la sanción de cárteles era mucho más esporádica⁸.

La imposición de muchas multas, y elevadas, provocó el comienzo de críticas sobre la cuantía «excesivamente disuasoria» de las multas de la CNC⁹. Mientras, paralelamente, la Audiencia Nacional (AN), al conocer recursos contra resoluciones de la CNC, comenzó una línea doctrinal sobre la cuantificación de las multas que, a la postre, determinaba no solo una reducción en ocasiones muy sustancial de la multa impuesta en su día, sino también la delimitación de los criterios de cuantificación de sanciones abiertamente contraria a los seguidos por la CNC en su Comunicación.

La cuestión fundamental de la divergencia entre la Comunicación de la CNC y la línea jurisprudencial iniciada por la AN radica en el volumen de negocios que debe tomarse en consideración para el cálculo inicial de la multa, que viene determinado por el mercado afectado por la infracción, y para el cálculo de su límite que la ley establece en el art 63¹⁰. Básicamente,

tencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=30717&Command=Core_Download&Method=attachment.

⁷ Las memorias de la CNC están disponibles en la página web de la CNC, en el siguiente enlace: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Memorias/tabid/72/Default.aspx>. La tabla a la que hacemos alusión, se encuentra en la p. 15 de la memoria de actividades del periodo 2012-2013, que recoge también un resumen de la actuación de la CNC durante sus seis años de actividad.

⁸ Así, por ejemplo, desde el periodo 2007-2008 (previo a la publicación de la Comunicación de sanciones) al último ejercicio de la CNC 2012-2013, la sanción media por expediente de infracciones de los arts. 1, 2 y/o 3 de la LDC ha pasado de 5,3 a 12 millones de euros aproximadamente. Véase también el apartado 7 de este artículo donde ofrecemos una comparativa internacional de la media de sanciones por cártel que imponen las autoridades de competencia de nuestro entorno.

⁹ Véase el artículo en prensa del entonces Presidente de la CNC durante el periodo 2011-2013, J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, publicado en el diario *Expansión* el 4 de junio de 2013, en la p. 55.

¹⁰ En el art. 63 de la LDC se regulan los límites de las multas que la autoridad de competencia puede imponer en términos de un porcentaje, según la gravedad, y la base para la aplicación de dicho

mientras la CNC mantiene que el límite de la multa se refiere a un porcentaje del volumen de negocios total del conjunto de bienes y/o servicios que haya sido obtenido por la unidad económica infractora (esto es, los ingresos totales), la AN considera que el límite se refiere a un porcentaje del volumen de negocios obtenido por la infractora en el mercado afectado por la práctica restrictiva de la competencia (esto es, las ventas obtenidas infringiendo la ley), criterio éste último reflejado en el art. 62 como uno de los criterios para calcular, no el límite, sino el importe de la misma teniendo en cuenta criterios de afectación derivados de la conducta. Obviamente, hay otras cuestiones de matices menores en los que ambas instituciones también difieren, pero en nuestra opinión, tienen menos relevancia.

En este trabajo pretendemos, por un lado, exponer brevemente la fundamentación económica y jurídica de la política sancionadora de la CNC y, por otro lado, sistematizar la línea jurisprudencial iniciada por la AN sobre este aspecto fundamental que impacta la política sancionadora de la autoridad de competencia de nuestro país (próximamente, la CNMC) de lleno. Posteriormente, intentaremos argumentar los elementos que, en nuestra opinión, recomiendan revisar esta línea jurisprudencial no solo por cuestiones jurídicas, sino por el impacto fundamental que tiene la política sancionadora en la eficacia de la política de competencia en nuestro país¹¹.

2. LA LDC DE 2007 Y LA COMUNICACIÓN DE LA CNC DE 2009 PARA LA CUANTIFICACIÓN DE SANCIONES POR INFRACCIONES GRAVES DE LA LDC

La política sancionadora primero del TDC y luego de la CNC en sus inicios suscitó algunas críticas en torno al método supuestamente poco predecible de cálculo de las sanciones, dados los términos amplios en los que la ley recogía los criterios para ello¹². Se alegaba fundamentalmente la falta de tipificación y graduación de las sanciones que, junto con la limitada predictibilidad, podría haber generado una sensación de inseguridad jurídica en las empresas. La AN y el Tribunal Supremo (TS) revisaron varias sanciones impuestas por la autoridad de competencia¹³.

porcentaje. Como desarrollaremos más adelante, la base viene definida en la ley como «el volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

¹¹ Este trabajo se limita a la actividad de la CNC y la revisión de sus resoluciones por los tribunales. Excluye por tanto al antiguo TDC y a la recientemente creada CNMC, que en la fecha de finalización de este artículo, todavía no ha publicado la adopción de ninguna resolución en el ámbito de las conductas.

¹² El art. 10 de la Ley 16/1989, de 16 de julio, de defensa de la competencia establecía en su párrafo primero: «Artículo 10. Multas sancionadoras. 1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas (901.518,16 euros), *cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal*» (cursiva añadida).

¹³ En el ámbito del abuso de posición dominante, Véase M. ARAUJO BOYD (2007), «Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativas en materia de abuso de

Pero las sentencias tampoco aclaraban especialmente una metodología concreta para el cálculo de las multas, en especial en lo que respecta a la graduación y la aplicación de los agravantes y atenuantes. Para el control del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, proliferó la aplicación por parte de los tribunales de la denominada regla de los «tres tercios», de elaboración jurisprudencial y basada en los principios de dosimetría punitiva insertos en el art. 66 Código Penal ¹⁴.

En virtud de esta regla, la sanción establecida en la normativa se divide en tres tramos: inferior, medio y superior en relación con el límite legal máximo, conviniendo aplicar uno u otro tramo en función de la concurrencia o no de atenuantes y/o agravantes. En la mayoría de los casos, siempre que la multa de la autoridad de competencia se situase en el tercio mínimo así calculado, los tribunales no procedían a su revisión cuando se alegaba la vulneración del principio de proporcionalidad ¹⁵.

Paralelamente, a nivel internacional, y sobre todo comunitario ¹⁶, se apreciaba una tendencia al desarrollo de sistemas de cálculo de multas más eficientes, proporcionales y transparentes.

posición de dominio en España», en S. MARTINEZ LAGE y A. PETITBÒ JUAN, *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Madrid, Marcial Pons, Fundación Rafael del Pino, 2007, pp. 113-134.

¹⁴ Así, por ejemplo, en la Sentencia de 17 de marzo de 2003, el TS analiza la proporcionalidad de la cuantía de la sanción atendiendo estrictamente al criterio de los tres tercios en los siguientes términos: «Si se divide la multa que el artículo 10.1 permite imponer por las infracciones cometidas —hasta 150 millones de pesetas— en tres grados —máximo, medio y mínimo—, se observa que las impuestas por las infracciones primera y tercera se encuentra dentro del grado mínimo, y la de la segunda está en la parte baja del grado medio, lo que ya es un dato suficientemente significativo de que se ha valorado a la baja tanto la antijuridicidad y culpabilidad de las conductas ilícitas, como el que no hayan repercutido en la realidad práctica» (FJ 5.º) (cursiva añadida). De la AN, véase por ejemplo, la Sentencia de 10 de julio de 2009, Rec. 31/2008, relativa al expediente 635/07, *Colegio de Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas*, ponente S.ª María Asunción Salvo, FJ 5.º, y Sentencia de 30 de mayo de 2013, Rec. 75/2012, relativa al expediente S/0154/09, *Montesa Honda*, ponente D.ª Mercedes Pedraz, donde afirma que al no concurrir ni atenuantes ni agravantes, lo que procede es imponer la sanción en el grado medio («en este caso, el 5% de la cifra tomada en consideración por la CNC» —esta había aplicado un porcentaje del 6 por 100—).

¹⁵ Hemos localizado muy pocas sentencias relacionadas con expedientes del TDC que hayan estimado parcialmente los recursos interpuestos únicamente reduciendo la sanción (esto es, confirmando en su integridad las conductas restrictivas, pero reduciendo la sanción en virtud del principio de proporcionalidad). Destacamos tan solo la Sentencia de la AN de 8 de octubre de 2010, Rec. 132/2007, relativa al expediente 614/06, *Cervezas de Canarias 2*, ponente D. José María del Riego, FJ 12.º Otras sentencias han reducido el importe de la multa como consecuencia de haber anulado alguna de las infracciones sancionadas por el TDC, como por ejemplo, la Sentencia de la AN de 30 de octubre de 2003, Rec. 984/2000, relativa al expediente 471/99, *Odontólogos de Córdoba*, ponente D. José María del Riego, FJ 11.º Respecto de resoluciones de la CNC, véanse las sentencias relativas al expediente 617/06, *Cajas Vascas* (por ejemplo, Sentencia de la AN de 6 de noviembre de 2009, Rec. 488/2007, relativa al expte. 617/06, *Cajas Vascas*, ponente D.ª Mercedes Pedraz, FJ 7.º). Más tarde, y en relación ya con resoluciones de la CNC, sí empiezan a ser más frecuentes las sentencias que, confirmando la existencia de una infracción de la LDC, proceden únicamente a reducir la sanción. Véanse a estos efectos *infra* las notas 52 a 56. Por el contrario, son mayoría las sentencias que han confirmado las multas impuestas por el TDC y la CNC. Sobre la revisión jurisdiccional de las resoluciones de la CNC y su grado de confirmación por la AN y el TS, véase la memoria de actividades de este organismo relativa al ejercicio 2012-2013, que contiene un estudio al respecto desde 2007 a 2013, en el capítulo 7, p. 56 (disponible en la página web de la CNC: www.cncompetencia.es/Inicio/ConcerlaCNC/Memorias/tabid/72/Default.aspx).

¹⁶ La Comisión Europea acababa de publicar en 2006 sus Directrices para el cálculo de las multas, que implicaban un incremento sustancial de las multas impuestas hasta entonces, sobre todo en

Así, la cuestión de la determinación de las sanciones óptimas para las prácticas anticompetitivas fue objeto de debate internacional¹⁷ y, como consecuencia de ello, se ha ido produciendo una convergencia hacia modelos más transparentes que incorporan en mayor medida el daño y el beneficio ilícito obtenido por la sanción¹⁸, explicitando una determinada metodología de cálculo¹⁹.

En este contexto, la autoridad española de competencia, ya con la entrada en vigor de la LDC de 2007 que, ahora sí tipificaba y graduaba las sanciones, inició un proceso de reflexión para la elaboración de su propia comunicación²⁰ en el que sometía a consulta pública el proceso metodológico diseñado para el cálculo de las multas que pretendía aplicar en los expedientes sancionadores.

Para su elaboración se tuvieron en cuenta muy especialmente las Directrices comunitarias de 2006 para el cálculo de las multas²¹, que actuali-

casos de cárteles de larga duración por el tipo de criterios ahí recogidos (Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento CE núm. 1/2003, DOCE 2006 C 210, p. 2). Otras autoridades, como la Office of Fair Trading (OFT) en el Reino Unido y la NMa holandesa, habían publicado también sus propias directrices para el cálculo de multas en 2004 y 2001, respectivamente.

¹⁷ Véase por ejemplo para las discusiones de la época a nivel internacional, el Informe de la International Competition Network (ICN) de 2008 *Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions*, resultado de la 7.ª Conferencia Anual de la ICN celebrada en Kyoto en abril de 2008.

¹⁸ Véase P. SÁNCHEZ NÚÑEZ (2013), «Las sanciones tras la Comunicación de la CNC», en *II Congreso de Competencia y Regulación. Cuestiones actuales del Procedimiento Sancionador en Derecho de la Competencia*, FIDE, pendiente de publicación.

¹⁹ Véanse las directrices para el cálculo de las multas de por infracciones de competencia de Estados Unidos «Federal Sentencing Guidelines» Part R - Antitrust Offenses U.S. Sentencing Commission («USSC»), disponibles en la página web http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/2r1_1.htm; Alemania, «Guidelines for the setting of fines in cartel administrative offence proceeding», *Budeskartellamt*, disponible en la página web <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Bussgeldleitlinien-E-June2013.pdf>; Francia, «Notice on the Setting of Financial Penalties», Autorité de la Concurrence, disponible en la página web http://www.autoritedel-concurrence.fr/doc/notice_antitrust_penalties_16may2011_en.pdf; Reino Unido, «OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty», disponible en la página web de la OFT http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft423.pdf; Holanda, «Policy Rules of the Minister of Economic Affairs on the imposition of administrative fines by the NMa 2009», disponible en la página web <https://www.acm.nl/en/download/attachment/?id=7994>; y Polonia «Guidelines on setting fines for competition-restricting practices», disponible en la página web de la UKK www.uokik.gov.pl/download.php?plik=6751.

²⁰ La disposición adicional 3.ª de la LDC facultaba a la CNC a adoptar comunicaciones «aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley».

²¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas de la Comisión Europea, *op. cit.*, *supra* nota 16. En el ámbito europeo, los arts. 23 a 25 del Reglamento 1/2003 [Reglamento (CE) núm. 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 del Tratado, DOCE 2003 L 1, p. 1] establecen las principales reglas para la política de multas de la Comisión. La metodología para el cálculo de la multa de la Comisión había sido recogida por primer vez en una Comunicación de 1998 (Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA, DOCE 1998 C 9, p. 3) que procedió a actualizar con las de 2006, ya citadas. Brevemente, las Directrices comunitarias de 2006 establecen el siguiente sistema de cálculo: i) Un porcentaje en función de la gravedad de hasta el 30 por 100 sobre las ventas en el mercado afectado multiplicadas por el número de años de participación de la empresa en la conducta, y ii) una «cuota de entrada», consistente en un porcentaje de las ventas de entre el 15 y el 25 por 100 independientemente del número de años de infracción, que tiene un carácter puramente disuasorio. Posteriormente, este importe de base se puede reducir o aumentar en función de una serie de atenuantes (escasa participa-

zaron las de 1998 por la necesidad de incrementar el efecto disuasorio de las sanciones, así como incrementar las sanciones a aquellas empresas que reinciden en la comisión de ilícitos de competencia²². En todo caso, según el Reglamento 1/2003, las multas impuestas por la Comisión nunca podrán superar el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el año anterior, deben ser proporcionales a la gravedad y duración de las infracciones, y no pueden consistir en sanciones penales.

Así las cosas, para la elaboración de la Comunicación, la CNC debía lógicamente partir de los criterios y límites establecidos en la LDC. Como ya hemos dicho, la LDC incorporó la graduación de las sanciones en función de la gravedad de la conducta (infracciones muy graves, graves y leves) lo que supuso un importante avance para la seguridad jurídica solucionando algunas de las críticas vertidas en el pasado. El ya citado art. 63 estableció un límite máximo a las sanciones en función del volumen de negocios total de las infractoras y de la gravedad de la conducta (10, 5 y 1 por 100, respectivamente) y especificó los principales criterios para la determinación del cálculo de la sanción, teniendo en cuenta tanto los daños de la conducta como el beneficio ilícito de la conducta. Por último, la Ley recogió algunos agravantes (no aplicación, terminación de conductas, colaboración, realización de actuaciones tendentes a paliar el daños...) y atenuantes (reincidencia, coerción, instigación...) que debían modular también la sanción.

La Comunicación para la cuantificación de sanciones básicamente pretendía hacer pública la metodología de cálculo que, en virtud de los criterios y límites de la LDC, utilizaría la CNC para las sanciones por las infracciones sustantivas de la Ley. Fue publicada finalmente en febrero de 2009, como ya hemos dicho, tras un proceso de consulta pública²³.

La metodología recogida en la Comunicación es muy similar a la aplicada por otras autoridades de competencia, especialmente la Comisión Europea y está estructurada en tres fases. En la primera se establece el importe básico de la multa utilizando los criterios del art. 64.1 de la LDC relativos a los efectos perjudiciales que la conducta ocasiona en el mercado, enunciados en los apartados del *a)* al *e)*. En la segunda se le aplica a dicha cantidad un coeficiente de ajuste, que será el resultante de aplicar siguiendo el criterio *g)* del art. 64.1, en su caso, los agravantes y atenuantes recogidos en el art. 64.2 y 64.3 de la LDC, respectivamente. Por último, en la tercera fase se ajusta la cantidad previamente obtenida a los límites establecidos en el art. 63.1 de la LDC, y en su caso al criterio *f)* del art. 64.1.

Para el cálculo del importe básico de la multa, la Comunicación, al igual que la mayoría de los países, contiene una fórmula de cálculo en la

ción, cooperación, la terminación de la práctica...) y agravantes (reincidencia, la negativa a cooperar o liderazgo).

²² Véase el Comunicado de Prensa de la DGCOMP IP/06/857 de 28 de junio de 2006, disponible en la página web de la comisión: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/857&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

²³ Véase *supra* nota 6.

que intervienen tres parámetros: el volumen de ventas afectado por la infracción, la gravedad y la duración. La fórmula es la siguiente:

$$IB = p(\%) \cdot \sum_{i=1}^T VMA_i \cdot \alpha_i$$

Donde IB es el importe básico, $p(\%)$ es el porcentaje según gravedad y tipo de producto o servicio, VMA_i es el volumen de ventas en el mercado afectado por la infracción en el año i , T son los años de duración de la infracción, y α_i es el coeficiente de ponderación en el año i .

Respecto a la duración de la infracción, se optó por dar una ponderación mayor a los efectos de la conducta en los momentos actuales que en los pasados. Para ello se establece un coeficiente de ponderación que comienza en 1 (el último año de infracción se toma la totalidad del volumen de ventas), y se va reduciendo hasta el 5 por 100.

A las ventas así calculadas, se le aplica un porcentaje $p(\%)$ que, aunque puede ser inferior, parte, de forma general, del 10 por 100²⁴. No obstante, este porcentaje puede incrementarse hasta en diez puntos porcentuales de forma acumulativa si la infracción es muy grave, o si se trata de un mercado de un *input* productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados. Por tanto, el importe básico podrá alcanzar el 30 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción, de forma similar a lo que aplican las autoridades de nuestro entorno.

En segundo lugar, se aplica un coeficiente de ajuste resultante de aplicar los agravantes y atenuantes recogidos en el art. 64.2 y 64.3 de la LDC, respectivamente. Cada uno de las agravantes (atenuantes) puede aumentar (reducir) el importe básico en un porcentaje de entre el 5 y el 15 por 100.

En el tercer paso, una vez obtenida la sanción como resultado de aplicar el método anterior, procede comprobar que dicha cuantía respeta el límite máximo del art. 63.1 de la LDC (10, 5 o 1 por 100 para infracciones muy graves, graves y leves, respectivamente). La ley establece que estos porcentajes se aplicarán sobre «el volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa». Además, cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción (beneficio ilícito del infractor), la multa no podrá ser inferior al mismo, para verificar que la sanción cumple con el objetivo disuasorio, siempre y cuando no supere el porcentaje sobre el volumen de negocios total, antes mencionado. El beneficio ilícito se configura así como un límite mínimo de la multa en el caso de que pueda ser calculado.

²⁴ Para la fundamentación de este porcentaje sobre el volumen de ventas como proxy para el cálculo de la multa, véase *infra* apartado 7 de este artículo sobre el importe óptimo de las multas según la teoría económica.

3. LA POLÍTICA SANCIONADORA DE LA CNC REFLEJADA EN SUS RESOLUCIONES

A pesar de que la Comunicación de Sanciones ha sido utilizada por la CNC en la mayoría de los casos desde su publicación²⁵, ha sido en las resoluciones más recientes donde la metodología de su aplicación se ha explicitado con mayor detalle. Así, por ejemplo, en el expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*²⁶ se relata exhaustivamente el proceso de cálculo de la multa (15 páginas de la resolución), incluyendo la definición del mercado afectado para la sanción, el proceso de obtención de la información, el tipo a aplicar según la gravedad, la aplicación de atenuantes y agravantes y la aplicación del límite del 10 por 100 (infracción muy grave) del volumen de negocios total. Otras resoluciones recientes con un análisis pormenorizado de la aplicación de la Comunicación de Sanciones incluirían, por ejemplo, el expediente S/0303/10, *Distribuidores Saneamiento*²⁷ o S/0380/11, *Coches de Alquiler*²⁸.

Una de las principales dificultades a las que se enfrenta la CNC para aplicar la Comunicación de Sanciones es la ausencia de datos o su carácter incompleto. En estos casos, la CNC realiza estimaciones en función de los datos disponibles para cada caso, incluyendo datos de empresas competidoras, estimaciones en función de la facturación de la empresa en otros mercados o a través de datos públicos. Por ejemplo, en el expediente S/0312/10, *Carpa Dorada y Club de Variedades Vegetales Protegidas*²⁹ se detalla (a partir de la p. 76) una estimación del volumen de negocios de los asociados

²⁵ La Comunicación no es un documento legal, sino que se trata de un documento autolimitativo de la CNC, por lo que la metodología de cálculo de la sanción puede utilizar otros criterios siempre que se respeten los límites previstos en la LDC. La propia Comunicación así lo refleja en su párrafo 4. En cuanto a la naturaleza de la Comunicación de Sanciones, véase la Sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, Rec. 540/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT), ponente D.^a Lucía Acín, FJ 8.º: «Considera el recurrente que la aplicación de la Comunicación sobre cuantificación de las sanciones supone una clara vulneración del principio de legalidad y de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras menos favorables. En este caso las conductas sancionadas por la resolución recurrida comienzan cuando está vigente la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y continúan bajo la vigencia de la LDC 15/2007. La resolución recurrida en el fundamento de derecho primero señala que aplica la nueva Ley ya que la conducta cuya sanción se pretende está idénticamente regulada y no consta que la aplicación de la nueva Ley implique para alguno de los imputados un perjuicio mayor. El recurrente no razona por qué en su caso la aplicación de la Ley 16/1989 le resultaría mas beneficiosa. En cuanto a la comunicación sobre cuantificación de sanciones la misma no es una disposición sancionadora (las sanciones están fijadas en una norma con rango de ley) ya que son unas directrices dictadas por la propia Comisión al amparo de la disposición adicional tercera de la LDC 2007 en orden a aclarar los principios que guían su actuación a la hora de cuantificar el importe de las multas dado el margen de apreciación que le otorga la Ley dentro de los límites legalmente previstos. Por lo tanto la aplicación de la misma no supone vulneración alguna del principio de legalidad».

²⁶ Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

²⁷ Resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013, expediente S/303/10, *Distribuidores Saneamiento*.

²⁸ Resolución de la CNC de 30 de julio de 2013, expediente S/0380/11, *Alquiler de Coches*.

²⁹ Resolución de la CNC de 4 de julio de 2013, expediente S/0312/10, *Carpa Dorada y Club de Variedades Vegetales Protegidas*.

del Club de Variedades Vegetales Protegidas (CVVP) «atendiendo al volumen total de fruta envasada cada año, su precio medio y el porcentaje que representan los socios comercializadores de CVVP también cada año».

En el expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*³⁰, para subsanar la ausencia de datos en los casos de las empresas que no contestaron o contestaron insatisfactoriamente al requerimiento de información, la CNC partiendo de la información disponible sobre un mercado más amplio, estimó la dimensión del mercado, más pequeño, afectado por la infracción.

En otros casos, ante la ausencia absoluta de datos por parte de las empresas, se procedió a utilizar los datos del último ejercicio disponible en las cuentas presentadas ante el Registro Mercantil. Este es el caso, por ejemplo, de la empresa Hornamosopan en el expediente S/376/11, *Panaderías Pamplona*³¹, o de la compañía Tubogrif en el expediente S/0303/10, *Distribuidores de Saneamiento*³².

Aun cuando la Comunicación indica la aplicación de un porcentaje del 10 por 100 o superior al volumen de ventas afectado para obtener el Importe Básico, la práctica de la CNC revela que se han aplicado tipos inferiores al 10 por 100 siempre que el alcance de la conducta o la participación de la empresa en la misma lo hacía necesario, en virtud del principio de proporcionalidad³³. Sin realizar una recopilación exhaustiva, este es el caso de los expedientes S/0185/09, *Bombas de Fluidos*³⁴ (tipos del 1 y 3 por 100 sobre el volumen de facturación por dos infracciones diferenciadas de la LDC); S/0231/10, *Productos Hortofrutícolas* (un tipo del 1 por 100 debido a «la falta de efectividad del acuerdo»); S/0300/10, *Mazda Automóviles de España* (un tipo del 0,3 por 100 debido a que «resulta probable que la misma no haya afectado a todos los vehículos Mazda vendidos en el periodo imputado») o S/0305/10, *Uvas de DO Valdepeñas* (un tipo del 3 por 100 pues «los asociados relevantes no siguieron la consigna de la asociación»).

En cuanto a la aplicación de agravantes y atenuantes es importante destacar la aplicación que se realiza del agravante de reincidencia, el utilizado con mayor frecuencia³⁵. En la propia Comunicación de Sanciones se establece en su párrafo 18 que «[s]e entenderá que la comisión de una

³⁰ Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

³¹ *Ibid.*, pp. 19 y 43.

³² Resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013, expediente S/303/10, *Distribuidores Saneamiento*, p. 150.

³³ El párrafo 4 de la Comunicación prevé la posibilidad, excepcional, de la CNC de apartarse de la metodología de la comunicación cuando concurran circunstancias excepcionales. En concreto, dice la Comunicación: «La metodología general para la cuantificación de las multas contenida en la presente Comunicación será aplicada con carácter general. *Excepcionalmente*, la CNC podrá encontrar necesario, para cumplir con el objetivo sancionador, la aplicación circunstancial de otros criterios, que deberán estar suficientemente motivados. Razones como la dificultad de alcanzar los objetivos de la Comunicación contenidos en (3) o la imposibilidad material de aplicar la metodología general por ausencia de información, pueden hacer necesario el empleo de otros criterios no explicitados en la presente Comunicación y conformes en todo caso con lo establecido en la Ley» (cursiva añadida).

³⁴ Resolución de la CNC de 24 de junio de 2011, expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos*.

³⁵ Algunos autores consideran que la agravante por reincidencia no está suficientemente castigada en España. En este sentido, conviene destacar que mientras la Comunicación de la CNC establece

infracción con anterioridad a la comisión de la infracción sancionada supone una circunstancia agravante cuando: (i) Existe una resolución firme en vía administrativa o una sentencia judicial en la que se declare acreditada la comisión de la infracción anterior. (ii) Dicha resolución sancionadora se ha dictado en los diez años anteriores a la comisión de la infracción que se pretende sancionar». En este sentido es de resaltar la aplicación de este criterio en el expediente S/0331/11, *Naviera Marruecos*³⁶, donde el agravante se aplica «al volumen de negocios generado desde la firmeza de la resolución», independientemente de que la infracción se iniciase con anterioridad a la existencia de una resolución firme.

Entre la variedad de atenuantes considerados o solicitados por las empresas es importante destacar tres expedientes donde el Consejo ha realizado importantes aclaraciones en cuanto a la aplicación del atenuante de colaboración activa y efectiva, del atenuante de confianza legítima y del atenuante de situaciones económicas especiales, o crisis.

En cuanto al atenuante de colaboración activa y efectiva con la CNC (recogido en el art. 64.3 letra *d*), la CNC ha matizado que, para poder tomarlo en consideración como atenuante, la colaboración debe ir «más allá del estricto cumplimiento del deber de colaboración que el art. 39 de la LDC les impone». Así, en el expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*³⁷, se rechazó la aplicación de este atenuante en la medida en que, según la CNC, los solicitantes no «han sido capaces de contribuir activamente a una mejor instrucción de los hechos probados, incluso a ratificar las conductas con la aportación de evidencia». Por el contrario, en el expediente S/0316/10, *Sobre de Papel*³⁸, se concedió un atenuante del 15 por 100 a la empresa Plana «en la medida en que la conducta de PLANA ha ido más allá del estricto cumplimiento del deber de colaboración que el artículo 39 de la LDC le impone, reconociendo de forma explícita los hechos y su participación en la infracción».

Respecto a la consideración de la confianza legítima como atenuante, el Consejo aclaró que este no procede cuando la administración tiene un rol pasivo o facilitador de la práctica y ha sido rechazado en todos los casos solicitados³⁹.

Los supuestos de situaciones económicas especiales han adquirido una especial relevancia, tanto por la situación económica actual, como por la

un agravante de hasta el 15 por 100 por reincidencia, la Comisión Europea contempla un agravante de hasta el 100 por 100 en sus Directrices para el cálculo de las multas, *op. cit.*, *supra* nota 16.

³⁶ Resolución de la CNC de 7 de noviembre de 2012, expediente S/0331/11, *Navieras*.

³⁷ Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

³⁸ Resolución de la CNC de 10 de julio de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

³⁹ Resoluciones de la CNC de 8 de febrero de 2012, expediente S/0207/09, *Transporte de Televisión*; de 10 de noviembre de 2011, expediente S/0241/10, *Navieras Ceuta-2*; de 13 de mayo de 2011, expediente S/0159/09, *UNESA y Asociados*; o de 26 de abril de 2011, expediente S/0107/08, *Plataforma del Mejillón*. Al respecto, interesa señalar que el atenuante de «confianza legítima» o su versión *light* de «confusión normativa» fundamentan muchas de las estimaciones parciales de los recursos contra las resoluciones de la CNC. Véase *infra* la nota 55.

clarificación o redefinición de los criterios sobre la reducción de multas por incapacidad contributiva (*inability to pay*)⁴⁰ que permitieron una mayor facilidad para aplicar dicha reducción⁴¹. No obstante, el Consejo no ha considerado la situación económica como una circunstancia atenuante en la medida en que esta circunstancia ya vendría contemplada en el límite de la sanción recogido en el art. 63.1 de la LDC⁴².

En este sentido es importante resaltar que aquellas empresas que encontrándose en situación de concurso de acreedores acrediten no haber realizado actividad en el año anterior a la sanción, no serán objeto de imposición de sanción debido a que la propia aplicación del límite del art. 63.1 de la LDC supondría en este caso sanciones de 0 euros, ante la no realización de volumen de ventas en el año previo a la imposición de la sanción. Es el caso, por ejemplo, de la compañía CEGAMA en el expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*⁴³, o de la compañía ESINCA en el expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*⁴⁴.

Por último, como ya hemos avanzado, la Comunicación de Sanciones también recogía en el párrafo 19 la necesidad de que la multa no sea inferior al beneficio ilícito del infractor, cuando su cálculo sea posible. En el expediente S/0211/09, *Endesa Instalación*⁴⁵, fue posible realizar ese cálculo identificando el beneficio ilícito obtenido como la cuantía «equivalente a las cantidades cobradas en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009» y por tanto la sanción fue fijada como el «importe cobrado en concepto de entronque y conexión durante el periodo».

⁴⁰ Nota Informativa de la DGCOMP de la UE de 12 de junio de 2010: «Inability to pay under paragraph 35 of the 2006 Fining Guidelines and payment conditions pre- and post-decision finding an infringement and imposing fines» disponible en la página web de la DGCOMP <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2010/EN/2-2010-737-EN-2-0.Pdf>.

⁴¹ La primera reducción de sanción por incapacidad contributiva se produjo en el caso *Heat Stabilisers*, Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2009, expediente COMP/38589.

⁴² Esta visión ha sido confirmada ya por la AN en varias ocasiones. Véase por ejemplo su Sentencia de 22 de enero de 2013, Rec. 697/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Gevora Construcciones, S. A.), ponente D.^a María Asunción Salvo, FJ 8.º En concreto, la AN señala que: «La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general». Véase también la Sentencia de 17 de junio de 2013, Rec. 673/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Ascan), ponente D.^a Concepción Mónica Montero, FJ 6.º: «Las situaciones de crisis económica no están previstas legalmente como atenuante y no puede apreciarse como tal porque es ajena a la conducta, ni la situación de negocio de la entidad. La Comisión ha considerado la situación económica —saturación, reestructuración o caída de ventas— porque tales circunstancias afectaban directamente a la conducta, mientras que en el presente caso la colusión se produce en licitaciones para rehabilitación de carreteras efectivamente ofertadas, lo cual desvincula el comportamiento de una crisis en el sector».

⁴³ Resolución de la CNC de 10 de julio de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

⁴⁴ Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

⁴⁵ Resolución de 21 de febrero de 2012, expediente S/0211/09, *Endesa Instalación*.

4. LA REVISIÓN DE LAS MULTAS DE LAS RESOLUCIONES DE LA CNC POR LA AN

La CNC dispone de «un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas [...], máxime si se considera que las sanciones de la LDC no tienen una finalidad exclusivamente represiva, sino también otra disuasoria en defensa de los intereses públicos concretados en un funcionamiento concurrencial del mercado»⁴⁶.

Es precisamente en el marco de este margen de apreciación en el que la CNC desarrolla su metodología de cálculo de las multas, siempre dentro de los criterios y límites que fija la LDC. Los órganos jurisdiccionales nacionales, en el ejercicio de su jurisdicción plena⁴⁷, también pueden revisar la cuantía de las multas impuestas por la CNC⁴⁸. Se trata en suma, tanto en el seno de la CNC como de la AN, de la valoración del principio de pro-

⁴⁶ Sentencia del TS de 10 de febrero de 2011, Rec. 3042/2008, relativa al expediente 606/05, *ASINEM-ENDESA*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 4.º Véase también la Sentencia del TS de 8 de junio de 2010, Rec. 4216/2007, relativa al expediente 568/03, *ASEMPRE/Correos*, y de 1 de diciembre de 2010, Rec. 2685/2008, relativa al expediente 598/05, *Panaderías de Valencia*, en ambas ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

⁴⁷ Existe un apasionante debate sobre los límites revisores en sede jurisdiccional de la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos. Mientras algunos autores argumentan que el juez debe limitarse al control de legalidad de las decisiones de los órganos administrativos, otros consideran que deben también abarcar los criterios técnicos de las decisiones, controlando así su discrecionalidad técnica [véase, por ejemplo, L. C. FERNÁNDEZ-ESPINAR, «El control judicial de la Discrecionalidad Administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control», en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, 2012 (ejemplar dedicado a: Control judicial de las Administraciones Públicas), pp. 211-258, en la p. 246]. Este estudio excede con mucho el objetivo de este trabajo. No obstante, se trata de cuestiones especialmente importantes en el ámbito del Derecho de la competencia, en la medida en que los jueces con su revisión jurisdiccional perfilan los contornos de un Derecho que sigue siendo «relativamente joven» y por tanto en formación.

⁴⁸ El TS en su Sentencia de 8 de octubre de 2001, relativa al expediente *Pompas Fúnebres* (Resolución del TDC de 17 de julio de 1992), ponente D. Segundo Menéndez Pérez, afirmó que: «Tan sorprendentes motivos no pueden merecer más que una respuesta desestimatoria. Por las siguientes razones: A) La potestad sancionadora que ejerce la Administración [...] no se desenvuelve a través de una actuación administrativa que esté gobernada por el llamado principio de la discrecionalidad técnica; es, por el contrario, una actuación que ha de decidir sobre cuestiones jurídicas aplicando, de manera reglada, no discrecional, conceptos, elementos, pautas y criterios prefijados en normas jurídicas [...]. B) También es una cuestión jurídica a resolver en términos jurídicos la de decidir cual deba ser en el caso concreto la sanción, dentro del abanico previsto en la norma, adecuada a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La obligada aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. [...] D) Por tanto, no hay exceso en el ejercicio de la jurisdicción, sino observancia sin más de los mandatos constitucionales referidos al derecho a la tutela judicial (artículo 24.1) y al control de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1), cuando el órgano jurisdiccional, analizando una de las razones de impugnación del acto administrativo, como lo es la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, decide cual es la sanción adecuada en aplicación de ese principio de proporcionalidad y de las previsiones que a tal fin tenga establecidas la norma jurídica» (FJ 3.º, cursiva añadida). Igualmente, entre otras, la Sentencia del TS de 14 de febrero de 2007, relativa al expediente 515/01, *Bancos*, ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, afirmaba que «el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad

porcionalidad en el ámbito administrativo sancionador que, conforme a lo dispuesto 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, según el TS se exige que «la sanción sea acorde con la naturaleza propia de la infracción, considerando las repercusiones concretas en el mercado y la dimensión geográfica del mercado, la duración de la conducta, la intencionalidad en la comisión del hecho infractor y la reincidencia en la comisión de infracciones, así como la capacidad económica del sujeto responsable de la infracción y para infringir daños a los consumidores y los perjuicios causados a los consumidores»⁴⁹.

Así las cosas, la AN ha procedido a estimar parcialmente algunos recursos⁵⁰, confirmando la comisión de la infracción, pero alterando finalmente la cuantía de la multa⁵¹ invocando el principio de proporcionalidad, ya sea procediendo a la sustitución directa del importe de la sanción⁵², ya sea remitiendo el expediente de nuevo a la autoridad para el cálculo de la multa según los criterios esbozados por la Audiencia⁵³.

reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional *no solo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación a reducción*» (cursiva añadida).

⁴⁹ Sentencias del TS de 8 de marzo de 2012, Rec. 1589/2009, relativa al expediente 591/05, *Agencias de Viaje*; y de 8 de junio de 2010, Rec. 4216/2007, relativa al expediente 568/03, *ASEMPRE/Correos*, en ambas ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

⁵⁰ La memoria de actividades de la CNC del periodo 2012-2013, *op. cit.*, *supra* nota 15, incluye un capítulo 7 dedicado a la revisión jurisdiccional de las resoluciones de la CNC. En la p. 61 se explica que, a fecha de cierre de esa memoria, había recaído ya pronunciamiento judicial en relación con 100 resoluciones de la CNC en el ámbito de las conductas por infracciones de los arts. 1, 2 y 3 LDC. De esos 100 pronunciamientos, 16 habían estimado parcialmente los recursos afectando a la resolución solo en lo que respecta a la cuantía de la multa (pero confirmando en su integridad la infracción de la LDC).

⁵¹ Véanse *infra* notas 52 y 53.

⁵² Sentencias de la AN de 10 de noviembre de 2010, Rec. 637/2009, relativa al expediente S/0044/08, *Propollo*, ponente D.ª María Asunción Salvo; de 22 de noviembre de 2010, Rec. 365/2009, en relación con el expediente S/2779/07, *Consejo Regulador Denominación de Origen Jerez y Manzanilla*, ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 18 de enero de 2011, Rec. 266/2009, relativa al expediente de la CNC 649/08, *Farmacéuticos*, ponente D.ª Lucía Acín; de 13 de octubre de 2011, Rec. 795/2009, relativa al expediente S/0055/08, *Inprovo*, ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 15 de febrero de 2012, Rec. 834/2009 relativa al expediente S/0053/08, *FIAB/CEOPAN*, ponente D.ª Ana Isabel Resa; de 20 de febrero de 2012, Rec. 595/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta-Algeciras* (rec. Euromaroc y Buquebús), ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 28 de septiembre de 2012, Rec. 566/2010, relativa al expediente S/0196/09, *Colegio Notarial de Asturias*, ponente D.ª Lucía Acín; de 15 de octubre de 2012, Rec. 180/2010, relativa al expediente S/0014/07, *Gestión Residuos Sanitarios* (rec. Consenur SA) ponente D.ª Lucía Acín; de 31 de mayo de 2012, Rec. 608/2010 relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Transmediterránea) ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 31 de mayo de 2012, Rec. 598/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Balearia) ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 21 de enero de 2013, Rec. 603/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Forde Reederei Seetouristik Iberia S. L.) ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 30 de mayo de 2013, Rec. 75/2012, relativa al expediente S/0154/09, *Montesa Honda*, ponente D.ª Mercedes Pedraz.

⁵³ Sentencias de la AN de 11 de mayo de 2011, Rec. 501/2009, relativa al expediente 648/08, *Hormigones de Cantabria* (rec. Tracman), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 7 de marzo de 2013, Rec. 535/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. González Byass, S. A.), ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 8 de marzo de 2013, Rec. 540/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Bodegas Williams & Humbert), ponente D.ª Lucía Acín; de 13 de marzo de 2013, Rec. 742/2010,

La motivación para revisar la multa se sustenta en distintos tipos de motivos. Destacan las siguientes categorías: 1) alteración directa de la cuantía por considerar erróneo el criterio de cálculo (por ejemplo, supuesto en el que para calcular la multa a una asociación, se sumaron los importes que habrían correspondido a los asociados); 2) modificación de los elementos que se tienen en cuenta para el cálculo del importe (duración, efectos, mercado de ventas afectado, cifra de negocios, participación)⁵⁴; 3) cuestiones relativas al elemento subjetivo del tipo, *i. e.* la culpabilidad⁵⁵, y 4) revisión

relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. D. Jesús Feris Ruiz y otros), ponente D.ª Ana Isabel Resa; de 21 de marzo de 2013, Rec. 699/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Emilio Bolado), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 10 de abril de 2013, Rec. 622/2010, relativa al expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Mosto de Jerez* (rec. Pedro Romero, S. A.), ponente D.ª Ana Isabel Resa; de 29 de mayo de 2013, Rec. 715/2011, relativa al expediente S/0192/09, *Asfaltos* (rec. Aglomerados de León), ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 12 de junio de 2013, Rec. 582/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. CAYDSA), ponente D.ª Ana Isabel Resa; de 17 de junio de 2013, Rec. 673/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Ascan), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 17 de junio de 2013, Rec. 599/2010, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (rec. Blue Water Shipping España), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 24 de junio de 2013, Rec. 620/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. FEDEJEREZ), ponente D.ª Lucía Acín; de 24 de junio de 2013, Rec. 29/2012, relativa al expediente S/0269/10, *Transitarios 2* (rec. BCN Aduanas y Transportes, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero.

⁵⁴ Sentencias de la AN de 18 de enero de 2011, Rec. 266/2009, relativa al expediente de la CNC 649/08, *Farmacéuticos*, ponente D.ª Lucía Acín (FJ 8.º: «En este caso no se puede considerar como circunstancia agravante tal como hace la resolución recurrida los efectos en el mercado por cuanto no han quedado constatados»); de 11 de mayo de 2011, Rec. 501/2009, relativa al expediente 648/08, *Hormigones de Cantabria* (rec. Tracman), ponente D.ª Concepción Mónica Montero (FJ 8.º: «Sí apreciamos, sin embargo, el acierto de la alegación actora en relación a la consideración de la duración de su participación para fijar la sanción [...]. Por ello hemos de rebajar el porcentaje aplicado a la entidad actora para fijar la sanción, que habrá de ser el 7% del promedio de su volumen de ventas durante el periodo considerado»; de 21 de marzo de 2013, Rec. 699/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Emilio Bolado), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 12 de junio de 2013, Rec. 582/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. CAYDSA), ponente D.ª Ana Isabel Resa (FJ 6.º: «Sin embargo la Sala solo considera acreditada la participación de la actora a la reunión de 23 de junio de 2008 [...] la Sala estima que la sanción a imponer a la actora debe ser del 3% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB [...] en el ejercicio anterior a la fecha de la Resolución»); de 29 de mayo de 2013, Rec. 715/2011, relativa al expediente S/0192/09, *Asfaltos* (rec. Aglomerados de León), ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 24 de junio de 2013, Rec. 29/2012, relativa al expediente S/0269/10, *Transitarios 2* (rec. BCN Aduanas y Transportes, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero.

⁵⁵ Sentencias de la AN de 13 de octubre de 2011, Rec. 795/2009, relativa al expediente S/0055/08, *Inprovo*, ponente D.ª Mercedes Pedraz (FJ 9.º: «Las circunstancias del contexto jurídico-económico en la que la publicación de las notas de prensa enjuiciadas tuvo lugar es igualmente relevante»); de 22 de noviembre de 2010, Rec. 365/2009, en relación con el expediente S/2779/07, *Consejo Regulador Denominación de Origen Jerez y Manzanilla*, ponente D.ª Mercedes Pedraz (FJ 7.º: «Ahora bien: entiende esta Sala que la infracción ha sido cometida en un contexto normativo que como resulta de los razonamientos expuestos en los anteriores fundamentos jurídicos debe atenuar el criterio de culpabilidad de dolo a culpa, y por lo tanto, afectar para disminuirlo al importe de la multa»); de 8 de marzo de 2013, Rec. 540/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Bodegas Williams & Humbert), ponente D.ª Lucía Acín (FJ 7.º: «El contexto jurídico en el que se desarrollaron las actuaciones constitutivas de la infracción del art. 1 LDC y 101 TFUE, que en otras resoluciones de la propia CNC relativas al marco del vino de Jerez ha sido definido de “incertidumbre jurídica” [...] conlleva en este concreto supuesto que esa intencionalidad quede afectada y reducida a culpa o negligencia [...]»); de 20 de febrero de 2012, Rec. 595/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta-Algeciras* (rec. Euromaroc y Buquebús), ponente D.ª Mercedes Pedraz (FJ 7.º: «Si bien [...] no ha quedado excluido el elemento subjetivo de la infracción por la alegada confianza legítima, la actuación de la Administración sectorial debe ser tenida en cuenta para atenuar la responsabilidad de la actora y disminuir el importe de la multa»; de 31 de mayo de 2012, Rec. 608/2010 relativa al ex-

de la estimación de las circunstancias atenuantes o agravantes⁵⁶, siempre en virtud del principio de proporcionalidad.

5. LA RECIENTE DOCTRINA DE LA AN EN RELACIÓN CON LA METODOLOGÍA DE CÁLCULO DE LAS MULTAS: SENTENCIAS RELATIVAS AL EXPEDIENTE S/0091/08, *VINOS FINOS DE JEREZ*

Tras la aprobación de la Comunicación de Sanciones, podría pensarse que la claridad de los criterios para la graduación de multas de la LDC, junto

pediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Transmediterránea) ponente D.ª Mercedes Pedraz, FJ 9.º: «Por el contrario, la Sala considera que la actividad administrativa realizada por el Ministerio de Fomento, y las modificaciones normativas que se sucedieron mediante la actividad de la SGT deben tenerse en cuenta en la valoración de la sanción que corresponde imponer a la actora para atenuar su responsabilidad y en consecuencia disminuir el importe de la misma»; de 21 de enero de 2013, Rec. 603/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Forde Reederei Seetouristik Iberia, S. L.) ponente D.ª Concepción Mónica Montero, citando expresamente el mismo argumento de la Sentencia de 31 de mayo en cuanto a la atenuación de sus responsabilidad por la intervención del Ministerio de Fomento y las modificaciones normativas; de 28 de septiembre de 2012, Rec. 566/2010, relativa al expediente S/0196/09, Colegio Notarial de Asturias, ponente D.ª Lucía Acín; de 15 de octubre de 2012, Rec. 608/2011, relativa al expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Mosto de Jerez* (rec. AECOVI-JEREZ SCA), ponente D.ª Mercedes Pedraz, FJ 6.º: «La suma de las dificultades en la interpretación descritas por la CNC y la actuación administrativa, aunque no sitúan a AECOVI dentro de los límites del principio de confianza legítima, si excluyen el elemento intencional en la comisión de la infracción»; de 17 de octubre de 2012, Rec. 609/2011, relativa al expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Mosto de Jerez* (rec. Consejo Regulador de las DO), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, FJ 7.º: «Uniendo los tres elementos [...], su comportamiento revela la conciencia de estar actuando dentro de la legalidad; lo que implica ausencia de elemento subjetivo del injusto»; de 10 de abril de 2013, Rec. 622/2010, relativa al expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Mosto de Jerez* (rec. Pedro Romero, S. A.), ponente D.ª Ana Isabel Resa, FJ 6.º: «Conlleva en este concreto supuesto que esa intencionalidad quede afectada y reducida a culpa o negligencia al quedar en entredicho la ilegalidad de las conductas por la intervención del Consejo Regulador» (aunque en este caso concreto, la multa también se ve afectada por los criterios de la AN para la interpretación del límite máximo del 10 por 100).

⁵⁶ Sentencias de la AN de 10 de noviembre de 2010, Rec. 637/2009, relativa al expediente S/0044/08, *Propollo*, ponente D.ª María Asunción Salvo (FJ 7.º: «Resulta en consecuencia que tales circunstancias deben operar como atenuantes con la necesaria consecuencia de disminuir el importe de la sanción impuesta, que esta Sala considera aplicando el principio de proporcionalidad más ajustado en la suma de 100.000 euros»); de 15 de febrero de 2012, Rec. 834/2009 relativa al expediente S/0053/08, *FIAB/CEOPAN*, ponente D.ª Ana Isabel Resa (FJ 7.º: «Ahora bien en este caso la CNC no ha establecido circunstancias particulares que determinen una mayor gravedad de la conducta realizada por FIAB que por las otras empresas sancionadas a las que ha aplicado una circunstancia agravante, por lo que se considera adecuado dado los criterios que ha tenido en cuenta la CNC para graduar la sanción reducir la misma a 300.000 €». Idéntica argumentación se recoge en Sentencia de la AN de 10 de noviembre de 2011, Rec. 846/2009, relativa al mismo expediente sancionador, pero con ocasión del recurso interpuesto por CEOPAN, siendo ponente D.ª Lucía Acín. Es interesante también resaltar la sentencia de la AN de 22 de noviembre de 2010, Rec. 365/2009, en relación con el expediente S/2779/07, *Consejo Regulador Denominación de Origen Jerez y Manzanilla*, ponente D.ª Mercedes Pedraz. Aunque inicialmente parece que la sala aprecia la concurrencia de elementos que afectan a la culpabilidad del Consejo Regulador, lo que en virtud del principio de proporcionalidad le merecería una reducción de la sanción, en otro momento señala que la CNC no había considerado determinadas circunstancias relativas a la normativa vigente, que deberían haber sido tenido en cuenta como atenuantes para disminuir la sanción (FJ 7.º, *in fine*: «Resulta en consecuencia que si bien no puede entenderse que actuó dentro de los límites de confianza legítima, ni puede entenderse que la normativa de aplicación la indujo a un error insalvable, sí deben considerarse tales circunstancias como atenuantes con la consecuencia de disminuir el importe de la sanción impuesta, que esta Sala

con el detalle pormenorizado de los mismos en la Comunicación, dotarían de mayor precisión a la cuantificación de sanciones por parte de la CNC, ayudando a los jueces a comprender la metodología y base de la imposición de las sanciones. Así había sucedido a nivel comunitario con las sucesivas comunicaciones de multas adoptadas por la Comisión Europea⁵⁷.

No obstante, vista la jurisprudencia más reciente de la AN al respecto, cabe preguntarse si las razones que subyacen en las discrepancias sobre el cálculo de las sanciones de la CNC, responden a cuestiones sobre la valoración de los criterios empleados o al nivel que las multas han alcanzado.

Así, el 6 de marzo de 2013 la AN dictó una sentencia⁵⁸ en respuesta al recurso de la empresa Emilio Lastau, S. A., que había sido sancionada por la Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 (expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*)⁵⁹. En ella, se inicia una línea jurisprudencial, a nuestro juicio, confusa, en ocasiones contradictoria, y abiertamente cuestionada en una serie de votos particulares contundentes y reiterados por una de las magistradas de la sala sexta de la AN. En esta Sentencia no se tratan cuestiones puntuales del expediente concreto relativas, como hemos visto, al elemento intencional, los agravantes o atenuantes, posibles errores de cálculo o acreditaciones insuficientes de la participación de alguna de las empresas o de la práctica en sí⁶⁰. Por el contrario, se trata de cuestiones que afectan al núcleo de la metodología del cálculo de las sanciones, con implicaciones muy relevantes para la eficacia de la política de competencia que, quizá, no hayan sido debidamente valoradas por la AN. Veamos.

La Audiencia interpreta que la multa por infracciones de competencia debe calcularse a partir del límite del 10 por 100 del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior que impone el art. 63 de la LDC. Dicho «volumen de negocios total» considera la Audiencia que se refiere al volumen de negocios afectado por la infracción de competencia, esto es, el volumen de negocios que la empresa haya obtenido en un determinado mercado infringiendo la LDC. Además, las ventas afectadas a considerar quedarían limitadas a las obtenidas en el ejercicio inmediata-

considera aplicando el principio de proporcionalidad más ajustado en la suma de cien mil euros»; de 30 de mayo de 2013, Rec. 75/2012, relativa al expediente S/0154/09, *Montesa Honda*, ponente D.ª Mercedes Pedraz, donde la AN considera que, al no apreciarse atenuantes ni agravantes, procedía la imposición de la sanción en el grado medio «en este caso, el 5% de la cifra tomada en consideración por la CNC».

⁵⁷ Véanse por ejemplo, las Sentencias del TGUE de 16 de junio de 2011, asunto T-211/08, *Putters International/Comisión*; de 16 de junio de 2011, en el asunto T-240/07, *Heineken Nederland*; o de 12 de diciembre de 2012, asunto T-352/09, *Novácke Chemické Závody*.

⁵⁸ Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero.

⁵⁹ Conviene señalar que la propia Audiencia reconoce que la demandante no había planteado ni siquiera la cuestión en los términos que analiza. Simplemente había alegado falta de proporcionalidad en la sanción impuesta lo que, a juicio de la Audiencia, implicaba realizar necesariamente un juicio previo sobre la mecánica del cálculo de las multas. Véase la Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, FJ 8.º

⁶⁰ Sentencia de la AN de 9 de julio de 2013, Rec. 490/2011, en relación con el expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. WILO Ibérica, S. A.), ponente D.ª Lucía Acín.

mente anterior al de la resolución de la autoridad de competencia. Así, para calcular la cuantía de la multa, basta con aplicar un porcentaje de entre un 0 y un 10 por 100 (mayor o menor en función de la gravedad de la conducta) a las ventas de la empresa obtenidas en el mercado afectado en el año inmediatamente anterior. Nada se dice respecto a cómo operarían la aplicación de agravantes o atenuantes.

La Audiencia justifica este nuevo método de cálculo en el principio de legalidad y la doctrina constitucional, así como en la inaplicabilidad de los criterios desarrollados por la Comisión Europea y los Tribunales comunitarios en relación con el Reglamento 1/2003⁶¹, sobre todo en lo que se refiere a la potestad sancionadora, para luego invocar la doctrina constitucional sobre el principio de legalidad⁶² y concluir que su interpretación se fundamenta en el principio de proporcionalidad, la finalidad de la norma sancionadora y el ámbito de vulneración⁶³.

En sentencias posteriores relativas al mismo expediente de la CNC, la Audiencia sigue manteniendo la misma metodología para el cálculo de

⁶¹ En concreto, la AN considera que «b) 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, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC».

⁶² «Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía [...] [esta] no implica que el esquema de atribución 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: [...] Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales [...]; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional. Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución». [...] Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo 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, contradice frontalmente el principio de *Lex certa* y *reserva legal*, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC [...]. En conclusión hemos de señalar: a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves —hasta el 1%—, de las graves —hasta el 5%—, y de las muy graves —hasta el 10%—. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje (cursiva añadida), Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, FJ 8.º

⁶³ En concreto, dice la AN: «Esta interpretación debe realizarse sobre la base de determinados criterios: a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida, b) finalidad de la norma: consiste en la represión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia», Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, FJ 9.º

las multas, aunque la fundamentación es más parca y no entra siempre en cuestiones relativas a la inaplicabilidad del Derecho comunitario o la doctrina constitucional. Más bien al contrario, tras concluir que el límite de la sanción viene referido al mercado afectado por la infracción en virtud del principio de proporcionalidad y la finalidad de la norma, recuerdan una sentencia del Tribunal General de la UE para reforzar su fundamentación.

6. CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA AN EN RELACIÓN CON LA METODOLOGÍA DE CÁLCULO DE LAS MULTAS: SENTENCIAS RELATIVAS AL EXPEDIENTE S/0091/08, *VINOS DE JEREZ*⁶⁴

A. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

La Audiencia parece entrelazar conceptos que hasta entonces habían estado separados: el volumen de negocios que se toma en cuenta para el cálculo de la multa, y el volumen de negocios que se toma en cuenta para calcular el límite de la multa. Además, invierte la forma en la que se consideran ambos conceptos. Esta confusión subyace a las contradicciones en las que incurrían las sentencias.

En primer lugar, en lo que respecta al límite de la multa del art. 63⁶⁵ de la LDC, tradicionalmente, tanto el TDC respecto a la disposición similar que se contenía en el art. 10 de la Ley 16/1989, como la CNC habían aplicado el límite con la misma finalidad que la Comisión Europea en los procedimientos comunitarios (así como el conjunto de las autoridades de competencia de nuestro entorno): como un límite para salvaguardar la viabilidad financiera de las empresas, asegurando que la multa no implique su quiebra. La AN se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la finalidad del límite en este mismo sentido⁶⁶.

⁶⁴ Aunque a lo largo del texto nos referimos a las sentencias de la AN relativas al expediente *Vinos de Jerez*, conviene tener en cuenta que la AN ha recogido esta doctrina para la cuantificación de las multas en sentencias posteriores relativas a otros expedientes (por ejemplo, *Licitaciones Carreteras* y *en Transitarios*. Véase *supra* nota 53.

⁶⁵ El art. 63, apartado 1, de la LDC establece que:

«1. Los órganos competentes podrán imponer [...] las siguientes sanciones:

a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa».

La dicción contenida en el art. 63.1 de la LDC es, si cabe, más claro que la del art. 10 de la antigua Ley de defensa de la competencia 16/1989, por cuanto añade a la anterior redacción el adjetivo «total»: «[...] 10 por ciento del volumen de negocios *total* de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa».

⁶⁶ Sentencias de la AN de 5 de febrero de 2013, Rec. 420/2011, relativa al expediente S/0185/09 *Bombas de Fluidos* (rec. ESPA 2025, S. L.), ponente D.^a Lucía Acín; de 13 de febrero de 2013, Rec. 377/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. Sterling Fluid Systems), ponente D.^a María Asunción Tambo; de 26 de febrero de 2013, Rec. 646/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. BECSA), ponente D.^a Lucía Acín; de 5 de marzo de 2013,

En la mayoría de las jurisdicciones donde existe este límite⁶⁷, cumple exactamente la misma finalidad y se aplica de la misma forma (tras calcular la multa conforme a los criterios que sí pueden sufrir alguna variación de jurisdicción a jurisdicción)⁶⁸ y bajo las mismas premisas: volumen de negocios total, a nivel mundial, de la unidad económica en el ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la autoridad. Esto es, al volumen de negocios obtenido por la venta de la totalidad de bienes y servicios de la empresa y, si esta pertenecía a un grupo empresarial, al volumen de negocios consolidado del grupo⁶⁹. Por supuesto, este límite no implica de ninguna forma que las multas de la autoridad de competencia deban alcan-

Rec. 566/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Misturas Obras e Proxectos), ponente D.ª Lucía Acín; y, de 12 de abril de 2013, Rec. 395/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. Kripsol Hidráulica), ponente D.ª Mercedes Pedraz. Así, por ejemplo, la Sentencia de la AN de 5 de marzo de 2013 citada decía que: «2. El límite previsto en el artículo 63 1 c) ley 15/2007 del 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa se ha establecido para evitar que una sanción pudiera poner en peligro la viabilidad de la empresa pero ello no implica que aun cuando no se supere ese límite pueda considerarse teniendo en cuenta las particularidades de cada caso que la multa puede tener un impacto relativamente elevado sobre la situación económica de una empresa atendidas sus características que determinen su reducción (tales como el escaso margen sobre las ventas, elevada concentración de su producción en el mercado afectado por la infracción, no pertenencia a un grupo empresarial y el efecto nocivo que tendría sobre la competencia la desaparición de la empresa) y así ha sido aplicado por la Comisión europea aun cuando el riesgo de que la empresa fuese declarada en concurso no era elevado y que incluso tal eventualidad no supondría la pérdida total del valor de los activos de esta empresa.[...]» (cursiva añadida).

⁶⁷ Véanse por ejemplo las Directrices de la Comisión Europea de 2006, apartados 32 y 33; las Directrices de la OFT de 2012, apartados 2.21 a 2.24 y las Directrices del Bundeskartellamt, apartado 5, *op. cit.*, *supra* nota 19.

⁶⁸ Véase P. SÁNCHEZ NÚÑEZ (2013), *op. cit.*, *supra* nota 18. La exconsejera de la CNC realiza una interesante comparativa entre las metodologías de cálculo de las multas de la CNC, la Comisión Europea y la OFT del Reino Unido. Aunque las tres metodologías son muy similares y siguen básicamente los mismos pasos, todas ellas presentan alguna peculiaridad específica. Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea contempla una llamada «tasa de entrada», que supone aplicar entre un 15 y un 25 por 100 adicional del valor de ventas en el último ejercicio con independencia de la duración del cártel. Por su parte de la OFT añade un denominado «Ajuste Específico de Disuasión y Proporcionalidad», que aplica tras haber considerado los agravantes y atenuantes. En ambos casos, se trata de elementos diferenciales con un sesgo al alza de las sanciones si se comparan con los criterios de la Comunicación de la CNC.

⁶⁹ La empresa infractora viene determinada no por la persona jurídica específica que participa en la infracción, sino por la unidad económica a la que pertenece. La filosofía que subyace a esta cuestión se vincula al poder del sujeto infractor en el mercado, lo que necesariamente conduce a contar en consideración el volumen de negocios del grupo. Al concebirse el umbral del 10 por 100 como un límite nivelador de la potestad sancionadora, no como un marco o arco sancionador, el umbral que la sanción no puede superar para evitar la inviabilidad de la empresa se concibe como adecuación de la sanción a la capacidad económica del infractor, capacidad que en el mercado debe necesariamente vincularse con la del grupo a que pertenece, y no con la persona jurídica formalmente considerada. Además, para la efectividad del Derecho de la competencia, conviene señalar la facilidad con la que las empresas podrían burlar la leyes de competencia si la responsabilidad pudiera limitarse a una empresa jurídica determinada creada ex profeso con limitaciones económicas (activos, volumen de negocios) cercenando la posibilidad de imponer una sanción. Véase, por todas, la resolución de la CNC de 12 de septiembre de 2013, expediente S/0402/12, *Espuma Elastomérica*, FJ 6.º En español, véase C. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, «La corresponsabilidad de la matriz por infracción de la filial en el Derecho de la competencia» en J. DÍEZ-HOCHLEITNER *et al.*, *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 375-408. A nivel comunitario, véase S. THOMAS, «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, núm. 3, pp. 11-18.

zarlo. Calculada la multa conforme a los criterios que fija la Comunicación en el caso español, el límite solo entra a considerarse al final.

Varias y recientes sentencias tanto de la AN⁷⁰ como del TS⁷¹ han calculado el límite del art. 63 (o del antiguo art. 10 de la Ley 16/1989) conforme a estos criterios. Así, por ejemplo, la SAN de 15 de octubre de 2012⁷² afirma que el límite máximo de la sanción es el 10 por 100 de la facturación del volumen total de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del TDC.

En definitiva, la interpretación respecto al límite del 10 por 100 que la AN realiza en las sentencias relativas al expediente *Vinos de Jerez*, ignora la jurisprudencia previa española sobre la finalidad del mismo. Al referirlo al volumen de ventas afectado por la infracción lo deslinda de la viabilidad financiera de la empresa, pues el volumen de ventas afectado por la infracción puede representar una parte ínfima del volumen de negocios de por ejemplo, una multinacional⁷³. El efecto disuasorio que en última instancia

⁷⁰ Sentencias de la AN de 5 de febrero de 2013, Rec. 420/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. ESPA 2025, S. L.), ponente D.ª Lucía Acín; de 13 de febrero de 2013, Rec. 377/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. Sterling Fluid Systems), ponente D.ª María Asunción Tambo; de 26 de febrero de 2013, Rec. 646/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. BECSA), ponente D.ª Lucía Acín; de 5 de marzo de 2013, Rec. 566/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Misturas Obras e Proxectos), ponente D.ª Lucía Acín; y de 12 de abril de 2013, Rec. 395/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. Kripsol Hidráulica), ponente D.ª Mercedes Pedraz. Véase, por ejemplo, la Sentencia de la AN de 15 de octubre de 2012, Rec. 180/2010, relativa al expediente S/0014/07, *Gestión Residuos Sanitarios* (rec. Consenur, S. A.) ponente D.ª Lucía Acín, FJ 5.º, que afirmaba que el límite máximo de la sanción es el 10 por 100 de la facturación del volumen total de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del TDC. En concreto, dice la AN: «La resolución recurrida no precisa al graduar la sanción, cual es el volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal (la resolución del Tribunal es del año 2010 por lo tanto serían los ingresos del año 2009) Se limita a indicar que “dichos ingresos son los que constan en el expediente no refutados por las imputadas y en el caso de CESP A la facturación que la empresa ha aportado en sus alegaciones”. En estas circunstancias y dado que no indica la resolución recurrida en cual de los 8.963 folios del expediente constan esos ingresos del año 2009. Y dado que no ha sido rebatido por el Abogado del Estado ni por el codemandado las cifras que se indican por el recurrente se considera que 30 millones de euros es la facturación del volumen total de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal y por tanto la multa no puede superar el 10% de esa cantidad. Por tanto el importe máximo es de 3 millones de euros» (cursiva añadida).

⁷¹ Véanse las Sentencias del TS de 8 de marzo de 2002, Rec. 8088/1997, relativa al expediente 294/91, *Aceites*, ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, FJ 13.º; de 6 de marzo de 2003, Rec. 9710/1997, relativa al expediente 350/94, *Teléfonos en Aeropuertos*, ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, FJ 10.º; de 3 de febrero de 2009, Rec. 7280/2005, relativa al expediente 543/02, *Transmediterránea/Euroferrys/Buquebús*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 3.º; de 11 de noviembre de 2009, Rec. 1246/2006, relativa al expediente 542/02, *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 5.º; de 16 de junio de 2010, Rec. 4714/2007, relativa al expediente 584/2004, *Asociación de Prensa Profesional*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 5.º; de 1 de diciembre de 2010, Rec. 2685/2008, relativa al expediente 598/05, *Panaderías de Valencia*, ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, FJ 6.º; y de 10 de febrero de 2011, Rec. 3042/2008, relativa al expediente 606/05, *ASINEM-ENDESA*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 4.º

⁷² Sentencia de la AN de 15 de octubre de 2012, Rec. 180/2010, relativa al expediente S/0014/07, *Gestión Residuos Sanitarios* (rec. Consenur, S. A.) ponente D.ª Lucía Acín, FJ 5.º Véase *supra* nota 70.

⁷³ Obviamente, el límite de la multa juega un papel muy distinto en función de las características de la empresa: si el infractor es una pequeña filial de una gran multinacional multiproducto, es muy

constituye la esencia y fin último de la política sancionadora, se ve así muy limitado.

En segundo lugar, la fundamentación de la AN sobre la necesidad de considerar el volumen de negocios afectado por la infracción como el punto de partida para el cálculo de la multa en absoluto riñe con la Comunicación de Sanciones de la CNC. Todo lo contrario, como hemos indicado, este es precisamente el criterio que se utiliza, no solo por la Comunicación de la CNC, sino por las directrices de la práctica totalidad de autoridades de competencia de nuestro entorno que se han dotado con una metodología de cálculo de sanciones pública. Precisamente por las mismas razones que apunta la AN, principalmente por la necesidad de observar el principio de proporcionalidad que requiere referir la sanción al ámbito de la infracción y sus efectos.

Pero es que, además, la confusión entre ambos conceptos extraña al propio texto de la LDC. Nuestra ley de defensa de la competencia distingue claramente entre «mercado afectado» y «volumen de negocios total». No son conceptos que puedan utilizarse indistintamente. Mientras el art. 63.1 de la LDC alude expresamente al «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción», el art. 64.1 de la misma Ley alude a la «dimensión y características del mercado afectado por la infracción» como criterio que debe atenderse para graduar el importe de la sanción. El art. 3 del Código Civil dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». De acuerdo con lo comentado en relación con la fundamentación de la existencia de un límite para la imposición de multas y con el propio texto de la LDC, tanto desde un criterio literal como sistemático se deduce que el art. 63.1 de la LDC no está fijando un arco sancionador, sino un límite, y que este tiene por base el volumen de negocios total de la empresa, y no el correspondiente al mercado afectado por la infracción.

Una interpretación lógica conduce a la misma conclusión. Así, en primer lugar, el art. 63.1 de la LDC vincula el volumen de negocio de la compañía a un determinado ejercicio —el inmediatamente anterior al de la Resolución que fija la sanción—. Esto es coherente con una interpretación del precepto como umbral máximo de protección de la viabilidad financiera de la empresa. En segundo lugar, la LDC contempla la duración de la conducta como un elemento esencial para la graduación de la sanción (art. 64.1 de la LDC, desarrollado por el párrafo 15 de la Comunicación). Limitar el impacto de la sanción a lo obtenido en el ejercicio inmediatamente interior impide tomar en consideración la duración de la conducta, esto es, el pe-

improbable que la multa vaya a alcanzar el 10 por 100 del volumen de negocios total, a nivel mundial. Por el contrario, si el infractor es una empresa monoproducto y la infracción ha sido grave y ha durado varios años, es muy probable que la multa final vaya a alcanzar el límite del 10 por 100 de su volumen de negocios total, esto es, el recogido en sus cuentas anuales del ejercicio inmediatamente anterior.

riodo completo de la infracción, que con frecuencia abarca varios años, y en ocasiones, dados los necesarios tiempos de instrucción y resolución de las autoridades de competencia, se da la circunstancia de que precisamente durante el año anterior a la imposición de la sanción, el infractor ha cesado ya en su conducta.

En tercer lugar, la interpretación que realiza la AN en las sentencias criticadas plantea varios problemas metodológicos que pueden llevar a situaciones conflictivas con el principio de proporcionalidad y la prohibición de la *reformatio in peius*. La magistrada D.^a Lucía Acín Aguado señala varias de ellas en sus votos particulares a las sentencias que recogen la nueva doctrina⁷⁴.

— En el caso de infracciones muy graves, *i. e.* cártel, en un escenario en el que no sea posible aplicar atenuantes, no sería posible discriminar o graduar la sanción en función de la distinta duración en la infracción de los participantes en el cártel o solo podría contemplarse esta circunstancia para graduar a la baja la sanción. Como señala la magistrada discrepante, ello podría suponer un agravio comparativo para las empresas que han participado en un corto periodo de tiempo frente a los que han intervenido durante todo el periodo de duración de la conducta infractora.

— También, como señala la magistrada discrepante, incluso si el cártel se disuelve con anterioridad al año anterior al de la imposición de la sanción (recordemos que los cárteles suelen terminar en cuanto se inician las inspecciones o el procedimiento sancionador y éste tiene una duración de 18 meses o más, si el plazo se ve suspendido) puede suceder que la multa acabe siendo igual a 0, por ejemplo, si el infractor en previsión a la posible multa deja de operar en el mercado afectado al inicio del expediente.

— En aquellos casos en los que la AN no determina directamente el nuevo importe de la multa, sino que remite el expediente de nuevo a la autoridad de competencia para que recalcule la cantidad conforme a los criterios de la AN, podría incluso resultar una multa mayor en aquellos casos en los que, como hemos visto, la CNC no aplica un porcentaje inicial del 10 por 100 al volumen de negocios afectado para calcular el importe básico⁷⁵.

— Además, según este criterio «no se vincula el importe de la infracción al volumen de ventas obtenido en el periodo de duración de la infracción»⁷⁶.

⁷⁴ Véase, por todos, el Voto Particular de la Magistrada D.^a Lucía Acín, en la Sentencias de la AN de 17 de junio de 2013, Rec. 599/2010, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (recurso de Blue Water Shipping España).

⁷⁵ Por ejemplo, en los expedientes S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (tipos del 1 y 3 por 100 sobre el volumen de facturación por dos infracciones diferenciadas de la LDC); S/0231/10, *Productos Hortofrutícolas* (un tipo del 1 por 100 debido a «la falta de efectividad del acuerdo»), S/0300/10, *Mazda Automóviles de España* (un tipo del 0,3 por 100 debido a que «resulta probable que la misma no haya afectado a todos los vehículos Mazda vendidos en el periodo imputado») o S/0305/10, *Uvas de DO Valdepeñas* (un tipo del 3 por 100 pues «los asociados relevantes no siguieron la consigna de la asociación»).

⁷⁶ Véase, por ejemplo, el Voto Particular de la Magistrada D.^a Lucía Acín, FJ 2.º, apartado 5, a la SAN de 17 de junio de 2013, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (rec. Blue Water Shipping España), FJ 4.º

Por último, pero quizá más importante, el TS ha exigido que la multa de la autoridad de competencia debe, como mínimo, alcanzar el beneficio ilícito. En la sentencia del Alto Tribunal de 23 de marzo de 2005⁷⁷, relativa al expediente 412/97, *BT/Telefónica*, el ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, señalaba que:

«Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, *que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no deben resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas*. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, *puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2*, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora» (cursiva añadida), FJ 8.º

La Comunicación de 2009 contempla el beneficio ilícito como un umbral mínimo de la sanción con el objeto de que esta tenga siempre un efecto disuasorio (párrafo 19), de acuerdo con esta jurisprudencia del TS. De seguir el razonamiento de la AN en las sentencias aquí comentadas, potencialmente se pueden producir varios escenarios en los que la cuantía de la multa no supere, por un amplio margen, el beneficio ilícito, contraviniendo la jurisprudencia del TS. Por ejemplo, como ya hemos dicho, porque la empresa haya dejado de operar en el mercado afectado por la infracción en el ejercicio inmediatamente anterior o haya disminuido considerablemente su actividad. Pero no solo en estos supuestos. La magistrada de la AN D.ª Lucía Acín en un voto particular, calcula en concreto cual podría ser la multa de una de las infractoras de seguir los criterios de la AN, sugiriendo que la cuantía bien podría ser inferior al beneficio ilícito obtenido⁷⁸:

«se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que 1) [...] 4) supone una reducción considerable del importe de la multa (en algunos casos si ha cesado de operar en ese mercado su desaparición) *que hace dudar a esta Magistrada que dicho importe ni siquiera supere el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva* (periodo 2003 a 2009). En este caso teniendo en cuenta los datos aportados por la empresa acerca de su volumen de negocios en el mercado afectado en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción, la sanción máxima que podría imponerse si se aplica ese criterio es de 7.400 euros (10% de la facturación por transporte por carretera con origen en España y destino en el extranjero en el año 2009) cuando la impuesta por la CNC es de 100.000 euros» (cursiva añadida).

⁷⁷ Véanse, en los mismos términos, las Sentencias del TS citadas *supra* en la nota 71. De hecho, la propia AN acoge esta jurisprudencia en su Sentencia de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, al remitirse a la Sentencia de la TS de 11 de noviembre de 2009, Rec. 1246/2006, relativa al expediente 542/02, *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos*, ponente D. Eduardo Espín Templado, y su revisión de la multa en ese caso, donde el TS se limitó a revisar la multa del TDC considerando que mercado afectado por la infracción era otro distinto (más pequeño) al inicialmente considerado, y por este motivo reduce la multa, pero no porque discrepara de la metodología empleada o de los criterios.

⁷⁸ Voto Particular de la Magistrada D.ª Lucía Acín, FJ 2.º, apartado 5, a la Sentencia de la AN de 17 de junio de 2013, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (rec. Blue Water Shipping España), FJ 4.º

En definitiva, al no vincular la multa al volumen de ventas obtenido en todo el periodo de duración de la infracción, esta no solo deja de ser disuasoria, sino que además puede alcanzar niveles tan bajos que dudosamente alcancen el beneficio ilícito, tal y como se exige.

B. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO

La doctrina analizada de la AN también ofrece algunas dudas desde la perspectiva del Derecho comunitario.

La redacción del art. 63.1.c) de la LDC es casi análoga a la del art. 23.2 del Reglamento CE 1/2003, de aplicación de los ahora arts. 101 y 102 del TFUE⁷⁹. Este artículo afirma que, en procedimientos de infracción de los arts. 101 y 102 TFUE (antes 81 y 82 TCE) tramitados por la Comisión Europea, «por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior».

Este paralelismo existente en la LDC de 2007 y el Reglamento CE 1/2003 es consecuencia de una sistemática equivalente en el ámbito nacional y comunitario para, entre otras cosas, garantizar la aplicación coherente de las normas de competencia en todo el territorio nacional. De esta manera, también la Comunicación sobre cuantificación y las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23.2.a) del Reglamento CE 1/2003 coinciden en lo fundamental en el método del cálculo de la sanción.

A nivel comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido la ocasión de analizar en múltiples ocasiones la metodología de cálculo de la multa de la Comisión Europea, a la que reconoce un amplio margen de apreciación para ello^{80, 81}. Muy específicamente, el Tribunal Ge-

⁷⁹ Esta coincidencia no es una casualidad. El Derecho español de defensa de la competencia fue de hecho una exigencia de nuestros socios europeos para la integración de España a la Unión Europea en 1986 y, en gran medida, la Ley 16/1989 y, consecuentemente, la LDC de 2007, se inspiran en la normativa comunitaria. De la misma forma que la promulgación de la anterior Ley (Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, BOE 1963, núm. 175, p. 11144) formaba parte del paquete de medidas que la Estados Unidos impuso para la aplicación del Plan Marshall en España (y otros países europeos) después de la Segunda Guerra Mundial. Véase L. BERENGUER FUSTER, «La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia. Oportunidad y alcances», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 135, julio-agosto 1998, p. 5.

⁸⁰ Véase, por todas, la reciente Sentencia del T-352/09 de 16 de septiembre de 2013, en el asunto T-386/10, *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG*, apartado 62: «Para cumplir las exigencias de los principios de legalidad de las penas y de seguridad jurídica no se requiere que los términos de las disposiciones con arreglo a las cuales se imponen esas sanciones sean tan precisos como para que quepa prever con certeza absoluta las consecuencias que puedan derivarse de una infracción de dichas disposiciones. En efecto, la existencia de términos indeterminados en una disposición no implica necesariamente una infracción de esos dos principios y el hecho de que una ley confiera una facultad de apreciación no contradice en sí mismo la exigencia de previsibilidad, siempre que el alcance y los modos de ejercer dicha facultad se definan con la suficiente claridad (véanse en ese sentido las sentencias *Degussa/Comisión*, apartado 60 *supra*, apartado 71, y *Wieland-Werke y otros/Comisión*, apartado 60 *supra*, apartados 62 y 63)». Véase también la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2013, en el asunto

(Véase nota 81 en página siguiente)

neral de la Unión Europea (TGUE) ha recordado que la Comisión, dentro de su margen de apreciación en el ejercicio de la potestad sancionadora, puede «en todo momento elevar el nivel de las multas, dentro del límite máximo fijado por el artículo 23, apartado 2, de ese Reglamento, si ello es necesario para garantizar la aplicación de la política de la competencia». Incluso, añade el Tribunal, esta posibilidad se le exige a la Comisión para la aplicación eficaz de las normas de la competencia⁸².

En cuanto al límite del 10 por 100, ya anteriormente, tanto el TJUE como el TGUE han considerado que el límite máximo de la sanción debe ser calculado sobre el volumen de negocios total, y su finalidad es evitar que se impongan multas que pongan en peligro la viabilidad de la empresa. En 2012, el TJUE recordó que:

«82. En efecto, dicho límite superior pretende evitar que se impongan multas que seguramente no podrán pagar las empresas, dadas sus dimensiones, dimensiones que se determinan, aunque sea de un modo aproxi-

C-511/11P, *Versalis SpA*, apartados 104 a 106. También conviene señalar que el TJUE, siguiendo la jurisprudencia de las sentencias de 17 de junio de 2010, *Lafarge/Comisión*, C-413/08 P, apartado 104, y de 7 de febrero de 2012, *Total y Elf Aquitaine/Comisión*, C-421/11 P, apartado 82, confirma expresamente la facultad de la Comisión de aplicar un factor multiplicador disuasorio de la multa en el caso de grandes empresas para que la sanción tenga un impacto deseado y no resulte insignificante en relación con sus recursos, tamaño y capacidad financiera (apartado 102 de la Sentencia).

⁸¹ Véase, por todas, la reciente Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2013, en el asunto C-511/11P, *Versalis SpA*, apartados 103, donde el Tribunal aclara que «103. También es jurisprudencia reiterada que el Tribunal General, con arreglo a su facultad jurisdiccional plena, no puede, utilizando exclusiva y mecánicamente una serie de fórmulas aritméticas basadas únicamente en el volumen de negocio de la empresa de que se trate, renunciar a su facultad de apreciación para fijar el importe de las multas (en este sentido, véase, en particular, la sentencia *Mo och Domsjö/Comisión*, antes citada, apartado 47). La determinación de una multa adecuada no puede ser resultado de un simple cálculo aritmético basado en el volumen de negocio (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 121, y de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, C-189/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 243)».

⁸² Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-380/10, *Wabco Europe y otros*, apartado 176. Sobre el margen de apreciación de la Comisión Europea para la imposición de la multa, véase también, la Sentencia del TGUE de 2 de febrero de 2012, asunto T-77/08 (no disponible en español): «139 It has been consistently held that, within the limits laid down in Regulation No 1/2003, the Commission enjoys a wide discretion when exercising its power to impose such fines (Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P *Dansk Rørindustri and Others v Commission* [2005] ECR I-5425, paragraph 172, and *Erste Group Bank and Others v Commission*, paragraph 110 above, paragraph 123). That power is however limited; where the Commission adopts guidelines which are consistent with the Treaty and are designed to specify the criteria which it intends to apply in the exercise of its discretion, the Commission itself then limits that discretion in that it must comply with the guidelines which it has imposed upon itself (see, to that effect, Case C-413/08 P *Lafarge v Commission* [2010] ECR I-5361, paragraph 95, and Case T-73/04 *Carbone-Lorraine v Commission* [2008] ECR II-2661, paragraph 192 and the case-law cited). The Commission may not depart from the Guidelines in an individual case without giving reasons that are compatible with the principle of equal treatment (*Dansk Rørindustri and Others v Commission*, paragraph 209) [...]».

156. [...] It follows from the foregoing that the fact that the Commission imposed on Sony a fine which was 10% higher, whilst its worldwide turnover was more than 40% higher than the applicant's, is not, in the present case, evidence of discriminatory treatment against the applicant and cannot be relied on in the present case, contrary to the applicant's submission. Furthermore, given the Commission's broad discretion when setting fines (see paragraph 139 above), the applicant has also failed to establish the manifest error of assessment alleged. The argument must therefore be rejected, as must the second part of this plea».

mado e imperfecto, por su volumen de negocios global (sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, antes citada, apartado 280).

83. Se trata por tanto de un *límite, aplicable uniformemente a todas las empresas y ajustado a la dimensión de cada una*, que pretende evitar las multas cuyo importe sea excesivo y desproporcionado. *Dicho límite superior tiene pues un objetivo distinto y autónomo del que persiguen los criterios de gravedad y duración de la infracción* (sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, antes citada, apartados 281 y 282)⁸³ (cursiva añadida).

Adicionalmente, el TGUE considera que el límite máximo de la sanción debe ser considerado como un umbral de nivelación pero que se aplica después de haber tenido en cuenta las circunstancias concretas de la infracción:

«74. [...] El mero hecho de que la multa finalmente impuesta se eleve al 10% del volumen de negocios de la demandante, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cartel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a *la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad*»⁸⁴ (cursiva añadida).

No obstante, una de las premisas de la Sentencia de 6 de marzo de 2013⁸⁵ para el desarrollo de su argumentación posterior es la imposibilidad de equiparar a la CNC con la Dirección General de Competencia (DGCMP) de la UE y por qué, por ello, no son aceptables los criterios comunitarios para la interpretación de la normativa sobre sanciones. En concreto, la AN afirma que:

«Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía [...] hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General [...]. La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución 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 [...]. Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales [...]; pero *también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional*. Así las cosas, *la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la*

⁸³ Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012 asunto C-181/11P, *CETARSA/Comisión*, apartados 82 y 83.

⁸⁴ Sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011, asunto T-211/08, *Putters International/Comisión*, apartados 74 y 75.

⁸⁵ Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero. Curiosamente, de todas las sentencias de la AN en relación con el expediente *Vinos de Jerez*, solo esta no es recurrible en sede casacional.

doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución»⁸⁶.

Esta argumentación se contradice con otras contenidas en Sentencias de fechas muy próximas que acogen sin más discusión la jurisprudencia del Tribunal General de la UE sobre la cuantificación de multas⁸⁷.

Es más, unos pocos meses antes, la AN había no solo acogido, sino también argumentado, la aplicabilidad de los criterios de la jurisprudencia comunitaria en relación con la política sancionadora de la Comisión Europea, a la facultad sancionadora de la CNC. Así, por ejemplo, en sentencia de 31 de mayo de 2012, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Balearia), la AN (ponente D.^a Mercedes Pedraz) argumenta lo siguiente para justificar la reducción de la sanción de la CNC:

«NOVENO.—Se alega como último motivo de impugnación que la Administración ha infringido el art. 25.1 de la Constitución y los principios de individualización de las sanciones, así como el principio de proporcionalidad y los criterios de graduación de las sanciones.

El TJCE en la sentencia *Tokai carbon*, recuerda que “si la Comisión dispone de una facultad de apreciación a la hora de fijar el importe de cada multa, sin estar obligada a aplicar una fórmula matemática precisa” (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, *Martinelli/Comisión*, T-150/89, Rec. p. II-1165, apartado 59) el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia, sin embargo, con arreglo al artículo 17 del Reglamento n.º 17, con una competencia de plena jurisdicción en el sentido del artículo 229 CE sobre los recursos interpuestos contra las decisiones por las cuales la Comisión fija una multa y puede, en consecuencia, suprimir, reducir o incrementar la multa impuesta. En este marco, su valoración del carácter proporcionado de la multa puede, independientemente de eventuales errores manifiestos de apreciación cometidos por la Comisión, justificar que se aporten y se tomen en consideración elementos complementarios de información no mencionados en la Decisión de la Comisión (sentencia *SCA Holding/Comisión*, citada en el apartado 108 *supra*, apartado 55)».

En este caso, la AN no se plantea ninguna duda en relación con la aplicación de los principios comunitarios para la graduación de las sanciones, o la aplicación de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios para interpretar cuestiones relativas a la imposición de la sanción⁸⁸.

⁸⁶ *Ibid.* Esta argumentación se repite en sentencias posteriores: véanse las Sentencias de la AN de 18 de julio de 2013, Rec. 707/2011, relativa al expediente S/0060/09, *Sintrabi* (rec. Bidetrans), ponente D.^a María Asunción Salvo, FJ 6.º; de 17 de junio de 2013, Rec. 599/2010, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (rec. Blue Water Shipping España), ponente D.^a Concepción Mónica Montero, FJ 6.º; y de 24 de junio de 2013, Rec. 29/2012, relativa al expediente S/0269/10, *Transitarios 2* (rec. BCN Aduanas y Transportes, S. A.), ponente D.^a Concepción Mónica Montero, FJ 6.º

⁸⁷ Véase, por ejemplo, la SAN de 8 de marzo de 2013, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Bodegas Williams & Humbert), FJ 11.º, *in fine*, acogiendo los criterios de la Sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011, en el asunto T-240/07, *Heineken Nederland*, apartados 347, 350 y 351 y en el FJ 12.º, acogiendo los de la Sentencia del TGUE de 12 de diciembre de 2012, asunto T-352/09, apartado 21.

⁸⁸ Véase también la Sentencia de la AN de 31 de mayo de 2012, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Transmediterránea, ponente D.^a Mercedes Pedraz), FJ 9.º

De hecho, una de las magistradas de la Sala 6.^a de la AN afirmó que «el sistema en derecho nacional y en derecho comunitario es básicamente el mismo, con aplicación de los mismos principios fundamentales», concluyendo que en ambos sistemas lo principal es una adecuada motivación del acto administrativo de imposición de la sanción⁸⁹.

En nuestra opinión, tanto la práctica de la DGCOMP, como la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, son muy claras en lo que se refiere a la metodología del cálculo de las multas. Desde luego, en lo que se refiere a la determinación del importe básico y la naturaleza y cálculo del límite del 10 por 100 de la multa, parece que son, al menos de momento, cuestiones pacíficas a nivel de la UE.

Entendemos que, de no haber descartado la sujeción de la autoridad de competencia española a los criterios de los tribunales comunitarios y de la Comisión Europea en el ámbito sancionador, concretamente en el cálculo de las multas, la Audiencia no podría haber interpretado el límite del 10 por 100 ni el cálculo de la multa como hace en la sentencia de 6 de marzo de 2013 en virtud del principio de cooperación leal y del principio de interpretación conforme, al menos cuando la autoridad de competencia aplica los artículos del Tratado de la UE.

En efecto. En su análisis, la AN obvia que las autoridades nacionales de competencia, cuando aplican los arts. 101 y 102 del Tratado a prácticas restrictivas susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros, como sucedía por ejemplo en el expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*, actúan también como autoridad comunitaria⁹⁰. Y, pese a que efectivamente el procedimiento se rige por las disposiciones nacionales, también es jurisprudencia constante y consolidada en virtud de los principios comunitarios mencionados, que estas no pueden ser aplicadas de forma que resten eficacia al Derecho comunitario.

En concreto, el principio de cooperación leal consagrado en el art. 4, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea⁹¹ exige a los Estados miembros, entre otras obligaciones, ayudar a la Unión al cumplimiento de su

⁸⁹ Véase M. PEDRAZ CALVO, «Algunas cuestiones relativas a la determinación del importe de las sanciones en defensa de la competencia», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 34, 2004, pp. 137 a 153, en la p. 151.

⁹⁰ Reglamento CE 1/2003, *op. cit.*, *supra* nota 21, considerando 8 y arts. 2, 3 y 5. En concreto, el considerando 8 dice que: «(8) Con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia comunitarias y el funcionamiento correcto de los mecanismos de cooperación contenidos en el presente Reglamento, es necesario imponer a las autoridades responsables de la competencia y a los tribunales de los Estados miembros la obligación de aplicar también los artículos 81 y 82 del Tratado cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros».

⁹¹ Art. 4, apartado 3 dispone que: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

misión. Ya desde el asunto *INNO v. ATAB*⁹², el TJUE ha señalado consistentemente que este principio obliga a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas⁹³.

Por otro lado, el principio de interpretación conforme del Derecho nacional, que es inherente al régimen del Tratado de la UE en la medida en que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen, requiere que dichos órganos jurisdiccionales nacionales tomen en consideración todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede este ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por el Derecho de la Unión⁹⁴. Así, en virtud del principio de interpretación conforme del Derecho nacional, el juez nacional, enfrentado a distintas posibles interpretaciones del Derecho nacional, debe adoptar aquella que se adecúe mejor a los fines de la Unión, incluido entre estos la efectividad de las normas de competencia y, de no ser posible, dejar inaplicada la norma nacional en cuestión.

En nuestra opinión, la interpretación de la política sancionadora de la LDC que realiza la AN, conduce inevitablemente a una reducción del carácter disuasorio de las multas que, a su vez, determina una reducción de la eficacia de las normas de competencia, incluidas las comunitarias. Se podría estar comprometiendo así uno de los objetivos de los Tratados Fundacionales de la Comunidad Europea, como es la defensa de la competencia dentro del mercado común.

Interesa en este punto hacer una breve reflexión sobre lo que la literatura económica entiende como «multa disuasoria» al objeto de garantizar la eficacia de las políticas de competencia.

7. EL NIVEL ÓPTIMO DE LAS MULTAS PARA UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA EFICAZ

La literatura económica ha dedicado numerosos artículos al cálculo de la denominada «sanción óptima», que es aquella que iguala el nivel mínimo necesario para lograr el efecto de disuasión. Según esta teoría un actor racional (la empresa) realizará una práctica competitiva si y solo si el beneficio esperado de la infracción es mayor que el coste esperado por infringir la Ley. Este tipo de análisis sobre la sanción óptima desde un punto de vista

⁹² Sentencia del TJUE (entonces TJ de la CEE), asunto 13/77, *Sa GB Inno BM v. Association des détaillants en tabac (ATAB)*, apartados 28 a 35.

⁹³ Véase también la Sentencia más reciente del TJUE de 14 de octubre de 2010, en el asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Comisión*, apartado 45.

⁹⁴ Véase, por todas, la Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2010, en el asunto C-239/09, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG y BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH*, apartado 50.

racional fue introducido por el premio Nobel Gary BECKER en 1968⁹⁵ y posteriormente aplicado a las prácticas anticompetitivas por William LANDES⁹⁶. En todos los casos, la estructura básica de estos trabajos se basa en que la sanción óptima tiene que superar el beneficio ilícito.

Trabajos posteriores desarrollaron este modelo para incorporar más variables a esta relación. Por ejemplo en CALVIÑO (2006)⁹⁷ se resume la sanción óptima bajo la siguiente fórmula:

$$pU(Y - c - F) > (1 - p)U(Y)$$

donde:

p = Probabilidad de detección y ejecución de sanciones.

U = Función de utilidad del infractor.

Y = Beneficio ilícito.

C = Otros costes de la detección (costes, efecto de estigmatización...).

F = Sanción.

Bajo esta ecuación, la multa óptima se determina como aquella en la que el coste esperado de la infracción (primer miembro de la inecuación) es superior al beneficio esperado de la misma (segundo miembro de la inecuación).

De acuerdo con esta función, la autoridad de competencia solo puede controlar dos factores para incrementar la disuasión: el nivel de amenaza legal (F y c , a través de por ejemplo la publicidad de las sanciones) y la probabilidad de detección.

La dificultad de cálculo de algunas de las variables incluidas en esta sanción podría hacernos pensar que el mejor modo de garantizar la disuasión es a través de una sanción lo más alta posible, pues con ello se maximizan las posibilidades de imponer una sanción superior al beneficio ilícito. No obstante, las sanciones excesivas no solo pueden incurrir en un elevado coste social por la posibilidad de incurrir en errores tipo I⁹⁸, sino que podrían igualmente incumplir el principio de la proporcionalidad de las penas. Es más, la experiencia ha demostrado que mayores sanciones implican una mayor exigencia por parte de los tribunales para demostrar la culpabilidad, por lo que sanciones elevadas pueden desembocar en un menor número de prácticas anticompetitivas sancionadas.

Paralelamente, hay que tener en cuenta que la existencia de una probabilidad detención menor al 100 por 100 implica que para establecer la

⁹⁵ G. BECKER, «Crime and Punishment: An Economic Approach», en *Journal of Political Economy*, núm. 76, 1968, pp. 169-217.

⁹⁶ W. LANDES, «Optimal Sanctions for Antitrust Violations», en *The University of Chicago Law Review*, núm. 50 (2), 1983, pp. 652-678.

⁹⁷ N. CALVIÑO, «Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines», en *European University Institute*, 2006.

⁹⁸ Error tipo I: condenar prácticas que no son anticompetitivas. Error tipo II: no condenar prácticas anticompetitivas.

sanción óptima que garantice la disuasión no es suficiente aquella en la que la sanción sea superior al beneficio ilícito, ya que una multa de estas características solo garantizaría la disuasión cuando la probabilidad de detección sea igual al 100 por 100, una posibilidad nada realista. A pesar de que por definición la probabilidad de detención no puede ser calculada, existen estudios en los que se estima la probabilidad de que un cártel sea detectado en un determinado año en función de los cárteles detectados por las autoridades de competencia⁹⁹. COMBE *et al.* (2011)¹⁰⁰ realizan una revisión de estos estudios y concluye que la utilización de un 15 por 100 de probabilidad de detección es una buena aproximación. Este nivel de detección implicaría que la multa teórica óptima debería ser 6,7 veces superior al beneficio obtenido en la infracción.

Por ello, el objetivo de una política sancionadora es establecer la sanción mínima que proporciona el efecto disuasorio suficiente. Partiendo de esta premisa, el objetivo de las autoridades de competencia es incrementar la probabilidad de detección (p), lo que no solo reducirá los errores (tipo I y tipo II), sino que además reducirá la necesidad de sanciones elevadas y por tanto los efectos negativos de posibles errores tipo I. Este incremento de (p) se puede realizar a través de mayores presupuestos de la autoridad, priorización de sectores, establecimiento o expansión de los programas de clemencia o establecimiento de programas de *settlement* para liberar recursos para otras investigaciones.

Una vez maximizada (p), dadas las restricciones presupuestarias, la ecuación nos muestra que la sanción debe tener una relación directa con el beneficio esperado de la infracción, y que por tanto debe incrementarse en proporción al incremento de éste.

Con respecto a la sanción, es necesario matizar que esta no solo incluye la multa impuesta por la autoridad de competencia, sino también los pagos que se pudiesen originar en procesos de daños y perjuicios. No obstante, a pesar de los avances a nivel europeo¹⁰¹ la incidencia de estas reclamaciones es todavía insignificante a la hora de determinar el nivel óptimo de la sanción. En este sentido, el profesor Francisco MARCOS constata en un estudio presentado en FIDE el 2 de julio de 2013, que a pesar del crecimiento de las reclamaciones de daños en España se trata de un procedimiento poco atractivo por el momento puesto que, incluso en el caso de prosperar la acción, el reconocimiento de daños (*i. e.* indemnización) es mínimo.

A pesar de que la imposición de una multa óptima exigiría la utilización del beneficio ilícito, en la mayoría de los casos es imposible o excesivamente

⁹⁹ Por ejemplo si un cártel es detectado tras cuatro años de duración, la probabilidad indirecta estimada sería del 25 por 100.

¹⁰⁰ E. COMBE y C. MONNIER, «Fines against hard-core cartels in Europe: the myth of over-enforcement», en *Antitrust Bulletin*, vol. 56 (2), 2011, pp. 235-276.

¹⁰¹ La Comisión Europea aprobó, el 11 de junio de 2013, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, COM(2013) 404.

te costoso establecer con garantías cuál ha sido el beneficio ilícito de una práctica anticompetitiva. Una forma simplificada para obtener el beneficio ilícito partiría del cálculo de las unidades vendidas y el sobreprecio al que dichas unidades se han vendido o *mark-up*¹⁰².

Por ello, como ya se ha explicado, el sistema de cálculo de multas más extendido parte del volumen de ventas de la empresa en el mercado afectado durante el periodo de infracción (o multiplicado por el número de años de infracción, según la jurisdicción), que posteriormente es multiplicado por un porcentaje de gravedad para calcular la sanción.

En cuanto al sobreprecio, diversos autores han realizado estimaciones sobre el efecto en los precios causado por los carteles¹⁰³, siendo uno de los más recientes a nivel internacional el realizado por CONNOR y LANDE en 2008¹⁰⁴. En este estudio, se concluye que los cárteles han supuesto un sobreprecio medio del 17-19 por 100 en el caso de los cárteles nacionales y del 30-33 por 100 en el caso de los internacionales, en línea con los estudios previos¹⁰⁵. En el caso europeo, el estudio señala que los cárteles nacionales han tenido un sobreprecio del 17 por 100 y los internacionales un sobreprecio del 43 por 100. Estos valores se encuentran en línea con los incrementos de precios observados en los casos españoles y es inferior, por ejemplo, a los incrementos de precios calculados en el reciente expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*¹⁰⁶, donde las bajas del precio de licitación pasaron de ser inferiores al 10 por 100 durante la vigencia del cártel a situarse en el 40 por 100 tras el fin del mismo¹⁰⁷.

Este sobreprecio es el que se ha utilizado como base teórica para determinar el porcentaje de gravedad para el cálculo de la sanción¹⁰⁸. Para ello, las autoridades de competencia han establecido distintos tipos a aplicar en función de la gravedad de la sanción. En el caso de la CNC, este porcentaje se situaría siempre por debajo del 30 por 100¹⁰⁹, aunque en los casos más

¹⁰² En el caso de concentración de precios o cantidades.

¹⁰³ Para una visión más amplia de los estudios CONNOR (2008), *op. cit., infra*, incluye una tabla resumen de todos los estudios previos.

¹⁰⁴ J. M. CONNOR y R. H. LANDE, «Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines», en *Competition Law and Policy*, núm. 88, 2008, pp. 2203-2218.

¹⁰⁵ Media ponderada de 36,7 por 100.

¹⁰⁶ Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

¹⁰⁷ «Así, observando los datos aportados por el MIR de las licitaciones de sobres para las elecciones de ámbito nacional, resulta especialmente relevante destacar que TOMPLA se adjudicó esta licitación con una baja sobre el presupuesto máximo de licitación de, al menos, un 40% (información aportada por [CONFIDENCIAL] en su solicitud de clemencia, párr. 417, nota a pie 264), lo que contrasta con las bajas sobre el precio máximo de licitación para las elecciones convocadas durante toda la vigencia el cártel, que siempre se situaba por debajo del 10%: licitación de sobres electorales para las Elecciones a Cortes Generales de 2004 baja de 8%, Elecciones al Parlamento Europeo 2004 un 9%, Elecciones Municipales de 2007 un 4%, Elecciones a Cortes Generales de 2008 un 1% y Elecciones al Parlamento Europeo de 2009 un 8% (párr. 240 de la PR)», Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

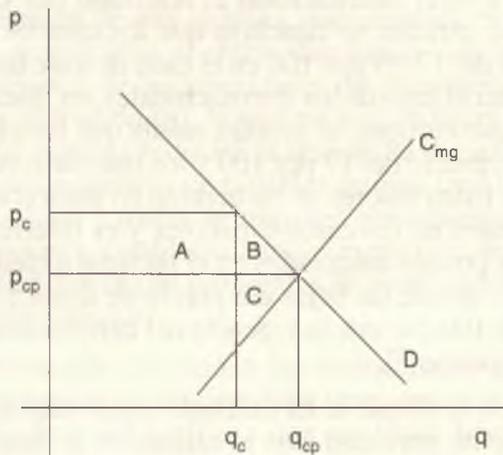
¹⁰⁸ Nótese que ambos porcentajes no son equivalentes, ya que el sobreprecio es un porcentaje sobre los precios iniciales, mientras que el porcentaje de gravedad es aplicado sobre el volumen de ventas con los precios ya incrementados. Por ejemplo, un sobreprecio del 20 por 100, exigiría un tipo de gravedad del 17 por 100 y un sobreprecio del 30 por 100, exigiría un tipo de gravedad del 23 por 100.

¹⁰⁹ Que equivaldría a un sobreprecio del 43 por 100.

comunes de fijación de precios se han aplicado porcentajes muy inferiores a este límite superior (entre el 10 y el 15 por 100)¹¹⁰.

A pesar de que esta aproximación al método de fijación de multas óptimas es el más aceptado tanto académicamente como en la práctica de las autoridades de competencia, no debemos olvidar que el beneficio ilícito del infractor es inferior al daño causado por su acción. En el gráfico 1 podemos observar las diferencias entre los resultados antes y después de la existencia de un cártel, y las consecuencias de éste:

Gráfico 1. Cambios en el bienestar causados por la existencia de un cártel



1. Una transferencia de renta de los consumidores a los productores (A).
2. La pérdida de eficiencia sufrida por los consumidores (B) y en los productores (C).

Se puede extraer, por tanto, que el daño causado a los consumidores (A + B) es superior al beneficio ilícito (A - C), ya que este último no incluye la pérdida de eficiencia que se produce por la variación en las cantidades en el mercado.

A pesar de que esta discusión teórica muestra que las sanciones impuestas por las autoridades de competencia se encuentran en el rango de las multas óptimas o incluso por debajo, existen múltiples críticas por lo que se consideran sanciones excesivas tanto a nivel europeo, como sobre todo a nivel estatal.

¹¹⁰ En este sentido, el porcentaje máximo del 30 por 100 solo ha sido utilizado hasta el momento en el expediente S/0226/10, *Licitaciones de Carreteras*, donde «se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limítandolo como máximo a un porcentaje del 30%».

No obstante, la profundidad de dichas críticas es cuestionable. En primer lugar, existen indicios que apuntarían hacia una escasa disuasión de las sanciones, como es la elevada existencia de empresas reincidentes entre las sancionadas por la CNC.

En segundo lugar, la práctica inexistencia de despidos entre los directivos una vez la empresa se ha encontrado culpable parece mostrar que la infracción de la LDC no ha sido negativa para la empresa, es decir, que la sanción no ha excedido el beneficio ilícito obtenido por la empresa.

En tercer lugar, AGUZZONI *et al.* (2013)¹¹¹ muestran que mientras que el efecto total de una investigación de competencia es una reducción del valor de mercado de la empresa de entre un 3,03 y un 4,55 por 100, las multas solo suponen el 8,9 por 100 de esta pérdida, siendo la mayor parte de la pérdida de la empresa debido a la pérdida de beneficios ocasionada por el fin de las actividades ilegales.

También COMBE *et al.* (2011)¹¹² concluyen que en el caso de las sanciones de la CE, sustancialmente superiores a las españolas, «el nivel de las multas con respecto al beneficio ilegal obtenido por los miembros de los cárteles es bajo ya que en el mejor de los casos solo la mitad de las multas llegan a este valor. Esto implica que las multas se sitúan normalmente por debajo de la ganancia mínima ilegal realizada por el cartel. Así, las multas impuestas a los cárteles de la Comisión Europea no son óptimas, incluso considerando una probabilidad del 100% de detección».

Massimo MOTTA realiza en 2007¹¹³ una simulación teórica en la que muestra que asumiendo una probabilidad de detección del 15 por 100 y un incremento de precios por el cartel del 15 por 100, las sanciones óptimas se deberían establecer entre el 41 y el 84 por 100 del volumen total afectado por la infracción. Por tanto, incluso considerando un incremento de precios inferior al que muestran los estudios sobre pasados carteles, el límite inferior de las sanciones óptimas (41 por 100) exigiría un nivel de sanción superior al establecido por la CNC.

En este mismo trabajo, MOTTA rebate lo que denomina los dos mitos sobre la imposición de sanciones: i) que las sanciones de competencia provocarían la bancarrota de las empresas, y ii) que las sanciones de competencia serán trasladadas a los consumidores en el futuro.

En primer lugar, respecto a la posibilidad de que una empresa tenga que cesar su actividad debido al pago de la sanción, la existencia del límite del 10 por 100 del volumen de ventas total ya actúa como protección ante la imposición de multas que pongan en riesgo la estabilidad financiera de las empresas.

¹¹¹ L. AGUZZONI, G. LANGUS y M. MOTTA, «The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on a Firm's Valuation», en *The Journal of Industrial Economics*, núm. 61 (2), 2013, pp. 290-338.

¹¹² E. COMBE y C. MONNIER, «Fines against hard-core cartels in Europe: the myth of over-enforcement», en *Antitrust Bulletin*, vol. 56 (2), 2011, pp. 235-276.

¹¹³ M. MOTTA, «On cartel deterrence and fines in the EU», en *European University Institute, Florence and Università di Bologna*, 12. 2007.

Además, incluso aunque la empresa abandone el mercado después de la imposición de la sanción, no debemos presuponer que esto se deba al coste de la multa. Si una empresa abandona el mercado después de ser juzgada lo más probable es que no se deba a la multa (que como se ha dicho representa un 8,9 por 100 de la pérdida del valor de la empresa), sino a que la empresa espera no ser eficiente en un mercado competitivo. Es decir, la empresa sancionada únicamente sobrevivía en el mercado gracias a la existencia de precios supracompetitivos o a restricciones a sus competidores y a pesar de haber obtenido beneficios extraordinarios durante la duración de la infracción es menos eficiente que las empresas con las que tendrá que competir en el mercado.

En efecto, la teoría económica predice que aquellas empresas que no se encuentran en un entorno competitivo sean menos eficientes debido a los menores incentivos a la inversión y a la ausencia de un proceso de selección darwiniano, donde las empresas menos eficientes desaparecen.

Por tanto, la desaparición de una empresa tras la acción de las autoridades de competencia no se debe a un exceso de la cuantía de la multa, sino más bien a la falta de eficacia competitiva de esa empresa en un mercado sin acuerdos anticompetitivos u otras restricciones. Dicha empresa, en ausencia de acuerdo o pacto no puede alcanzar un nivel óptimo de rentabilidad y probablemente será sustituida por una o más empresas en el mercado que sean más eficientes o estén mejor preparadas en un entorno competitivo.

En segundo lugar, respecto a la recuperación de las multas a través de un incremento posterior de los precios, este mito carece de todo argumento económico, ya que si realmente la empresa tuviese la capacidad de incrementar los precios hasta cierto nivel no hay ninguna razón por la que no lo hubiese podido hacer sin la existencia de la multa. Es decir, la multa es un coste hundido, y por tanto no influye en la decisión de precios de la empresa.

8. EL NIVEL DE MULTAS DE LA CNC ES INFERIOR AL DE OTRAS JURISDICCIONES

La tendencia internacional en cuanto a la imposición de multas está marcada por un incremento general en la imposición de multas. En prácticamente todos los países las multas se han incrementado como consecuencia de un endurecimiento de los criterios para la imposición de multas, así como por un mayor número de casos reincidentes. Como muestra la tabla 1, las sanciones se han incrementado exponencialmente hasta 2010. Nótese que el estancamiento de la sanción media en el periodo 2010-2013 está influido en parte por el menor volumen de negocios de las empresas como consecuencia de la situación económica.

Tabla 1. Sanciones impuestas por la Comisión Europea (totales y por empresa)

Periodo	Total sanciones en €		Número de empresas sancionadas	Sanción en € por empresa	
	No ajustadas por decisiones de TJUE	Ajustadas por decisiones de TJUE		No ajustados por decisiones de TJUE	Ajustados por decisiones de TJUE
1990-1994	539.691.550	344.282.550	185	2.917.252	1.860.987
1995-1999	292.838.000	270.963.500	45	6.507.511	6.021.411
2000-2004	3.462.664.100	3.157.348.710	157	22.055.185	20.110.501
2005-2009	9.414.012.500	8.349.201.663	205	45.922.012	40.727.813
2010-2013 *	5.499.997.674	5.286.663.579	125	43.999.981	42.293.309
TOTAL	19.209.203.824	17.408.460.002	717	26.791.079	24.279.582

* Hasta 10 de julio de 2013.

Fuente: Elaboración propia a partir de las estadísticas de la CE.

En el caso español, solo desde la creación de la CNC hasta el ejercicio más reciente la cuantía total de las multas se ha multiplicado por ocho ¹¹⁴ aunque, como ya hemos recordado, también se han incrementado de forma muy significativa los procedimientos de cártel, menos frecuentes antes de la creación de la CNC e incluso de la entrada en vigor del Programa de Clemencia.

Por eso, incluso habiendo aumentado la cuantía de nuestras multas, estas siguen siendo en términos relativos muy inferiores a las de las autoridades de nuestro entorno. Según los datos de la *Global Competition Review* ¹¹⁵ las sanciones medias impuestas por España son significativamente inferiores al resto de los países desarrollados. Mientras que en España las multas se sitúan en una media de 7 millones de euros, en Reino Unido alcanzan los 69 millones de euros, en Francia los 37 y en Alemania los 19 (tabla 2).

La cifra aparentemente reducida de multas en los Estados Unidos no debe llevar a engaño. En ese país existen instrumentos adicionales de disuasión como las penas de cárcel para los directivos o el coste de las demandas civiles por daños y perjuicios que ahí alcanzan el triple del daño causado por la práctica restrictiva. Además, en los países anglosajones preocupa especialmente a las empresas el desprestigio que les supone ser descubiertas infringiendo las normas de la libre competencia (el llamado daño reputacional), mientras que en España, por ejemplo, el daño

¹¹⁴ Entre el ejercicio 2007-2008 y el ejercicio 2012-2013. Véase la *Memoria de Actividades de la CNC, op. cit., supra*, en la nota 15.

¹¹⁵ Véase «Rating Enforcement 2013» de *Global Competition Review, Analysis Part 3*, <http://globalcompetitionreview.com/surveys/article/33561/analysis-part-3/>.

Tabla 2. Sanciones medias a cárteles (2012)

<i>País</i>	<i>Sanción media (en millones de euros)</i>	<i>Sanciones totales (en millones de euros)</i>
Comisión Europea	375,00	1.900,00
Reino Unido (OFT)	69,00	69,00
Brasil (CADE)	57,00	57,00
Estados Unidos (DoJ)	39,00	880,30
Francia	37,00	293,00
Australia	36,10	36,10
Suiza	27,00	135,00
Alemania	19,00	316,00
Chile	19,00	38,00
Corea	11,00	271,00
Italia	10,80	43,00
Japón	8,30	151,70
Portugal	8,30	16,50
Países Bajos	7,40	36,90
España	7,00	98,40
Pakistán	4,70	9,40
Hungría	4,30	4,30
República Checa	3,70	3,70
Turquía	3,20	25,50
Sudáfrica	2,90	38,60

Fuente: *Global Competition Review*. Países con mayores sanciones medias.

reputacional ¹¹⁶ por infringir las normas de competencia es, de momento, reducido.

Por tanto, se observa un mayor efecto disuasorio en los países de nuestro entorno, o bien por la imposición de sanciones muy superiores a las de la CNC o bien porque disponen de instrumentos adicionales de disuasión: multas personales, sanciones penales, triplo daño, un mayor desarrollo de las reclamaciones por daños, daño reputacional... Y ello incluso en un escenario de cuantificación de las multas de acuerdo con los criterios explicitados en la Comunicación de Sanciones de la CNC. De haberse calculado las multas conforme a los criterios de la AN, la cuantía

¹¹⁶ Véase el Informe de la OFT sobre Cumplimiento y Disuasión publicado el 7 de diciembre de 2011, *The deterrent effect of competition enforcement by the OFT*, disponible en su página web http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf.

total habría sido bastante inferior y, por tanto, el efecto disuasorio también menor.

9. CONCLUSIONES

Como principio general, toda política que carece de los mecanismos adecuados para garantizar su observancia o disuadir las infracciones de la misma, derivará en una política ineficaz.

Si tuviésemos en cuenta ciertas estimaciones realizadas recientemente en el ámbito académico de la defensa de la competencia que consideran una moderadamente baja probabilidad de detección, el nivel mínimo de una sanción disuasoria debería alcanzar el 41 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción¹¹⁷.

De acuerdo con lo analizado en este trabajo, las multas que hasta ahora ha impuesto la autoridad de competencia en España, aun habiéndose incrementado en los últimos años desde la publicación de la Comunicación de Sanciones de la CNC en 2009, siguen estando en términos relativos (*i. e.* por empresa infractora) muy por debajo de las jurisdicciones más próximas a la nuestra.

La AN, en su sentencia de 6 de marzo de 2013, aplica una metodología para el cálculo de las multas que ignora la Comunicación de Sanciones de la CNC, así como la jurisprudencia previa de la AN, el TS y los tribunales comunitarios respecto de la doctrina de la Comisión Europea, muy similar a la de la CNC.

De confirmarse esa metodología de cálculo, la autoridad de competencia en España se vería obligada a reducir de manera significativa el nivel de sanciones que vienen siendo impuestas en la actualidad. Incluso, como se ha señalado, es posible (y en muchos casos probable) que la sanción calculada conforme a los criterios de la AN en las sentencias analizadas en este artículo se sitúe por debajo del beneficio ilícito obtenido por la infracción.

En este escenario, la política sancionadora de la autoridad de competencia no garantizaría un adecuado nivel de disuasión. Incluso si, por ejemplo, se incrementasen significativamente los recursos de la autoridad para la detección de prácticas restrictivas, la amenaza de una sanción inferior al beneficio ilícito determinaría la ausencia de consecuencias negativas por la infracción de la Ley y, por tanto, se trataría de una política irrelevante y, por tanto, ineficaz.

Otra cuestión distinta es si, queriendo una política sancionadora contundente y suficientemente disuasoria, traducida en multas muy elevadas de naturaleza cuasi penal, sería necesario modificar los procedimientos para la adopción de las decisiones de la autoridad de competencia. Por ejemplo,

¹¹⁷ M. MOTTA, «On cartel deterrence and fines in the EU», en *European University Institute, Florence and Università di Bologna*, 12, 2007.

elevando los estándares de prueba para la determinación de una infracción o de la culpabilidad de los infractores, dotando de más garantías procedimentales a los imputados en los procedimientos o introduciendo un sistema de *check and balances* interno para garantizar aún más la coherencia y solidez de las decisiones.

Lo cierto es que, en lo que se refiere a la defensa de la competencia, la experiencia de nuestro país es relativamente reciente en comparación con otros países de nuestro entorno. El Programa de Clemencia, el más eficaz de todos los instrumentos en la lucha contra los cárteles, apenas lleva en vigor más de cinco años y las multas al amparo de la nueva Ley 15/2007 están siendo analizadas por los tribunales escasamente en los tres últimos años.

Desde este punto de vista, creemos que la política de competencia en España, independientemente de la autoridad encargada de su aplicación¹¹⁸, se encuentra en un punto crucial. Siendo la cuantificación de las multas un elemento esencial para la eficacia de esta política, la forma en la que sea determinada por los órganos jurisdiccionales es determinante para el futuro de su aplicación. Esperamos que el TS, que deberá pronunciarse sobre esta cuestión en los próximos meses, tome en consideración no solo la literatura económica sobre el nivel disuasorio de las multas, sino también la jurisprudencia de los tribunales comunitarios al respecto, ya no solo por la debida observancia de los principios de cooperación leal e interpretación conforme del Derecho nacional al Derecho comunitario, sino también por el hecho de que llevan mucho más tiempo perfilando los contornos de una política sancionadora respetada por todos los operadores económicos que operan en Europa.

¹¹⁸ Nos referimos obviamente a la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de Competencia y a la extinción de la CNC.