

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

Carlos PADRÓS REIG

Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho administrativo
Universitat Autònoma de Barcelona
Letrado del Tribunal Constitucional

1. PLANTEAMIENTO

La rama del Derecho administrativo especial consistente en el estudio del Derecho sancionador tiene un campo de estudio con un notable porvenir. A pesar de los excelentes estudios ya existentes¹, todavía existen campos aptos para un ulterior desarrollo científico. Cuestiones como la modulación subjetiva de la sanción o los grados de comisión de la misma o la atribución de responsabilidad por hechos complejos, suponen un reto para los nuevos estudios doctrinales y para su aplicación práctica. En estas páginas pretendemos abordar algunas de estas cuestiones en relación a las sanciones en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

El Derecho sancionador no debería existir en un paradigma de cumplimiento perfecto y espontáneo de las normas. Como sea que esta situación no corresponde a la realidad, las normas prevén un sistema de penalización para los casos de incumplimiento. La finalidad última de la sanción no es resarcir un daño (para esto ya hay otros mecanismos), sino penalizar al infractor y con ello lograr un mejor cumplimiento de las prescripciones del ordenamiento. Esta concepción explica porque, cada vez más frecuentemente, se modula el importe de la sanción con la condición del sujeto infractor de manera que a mayor capacidad económica, debe corresponder una mayor sanción. Así se logra lo que en terminología anglosajona

¹ B. LOZANO CUTANDA, *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010; A. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012; A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007.

se denomina el «*deterrence*» o la disuasión². Efectivamente, a una gran empresa multinacional con unos beneficios sustanciosos, una multa de, pongamos, 100.000 euros, puede suponer un pequeño apunte contable en la cuenta de gastos. Esa misma cuantía sancionadora para una pequeña o mediana empresa, puede comprometer su viabilidad. Es por ello que propugnamos las bondades de la extensión de la modulación subjetiva de la sanción económica como ya se explora tímidamente en el art. 131.2 de la Ley 30/1992³.

El Derecho de la competencia, como Derecho administrativo especial, y las autoridades de competencia, como autoridades administrativas que son, no son ajenas a esta evolución. Si acaso, el manejo de conceptos relativamente abiertos y sujetos a valoración como pueden ser el mercado relevante afectado por una conducta anticompetitiva o los grados de participación de un operador en un cártel, desaconsejan un automatismo sancionador y, consecuentemente, aumentan la necesidad de modulación de las sanciones.

Todo ello debe combinarse con el omnímodo principio de proporcionalidad (adecuación de la gravedad de las conductas con la sanción impuesta) y con la exigencia de certeza y previsibilidad del ejercicio de esta potestad administrativa. La capacidad de disuasión no solo se logra con la cuantía de las sanciones sino también con la certeza de su imposición y el conocimiento *a priori* de las consecuencias de determinadas conductas calificadas como ilícitos administrativos. Por tanto, como vemos, la exigencia de discrecionalidad y adaptabilidad de las sanciones debe combinarse con la taxatividad y la certeza de las mismas, en un difícil equilibrio que a veces resultará discutido.

Sea como fuere, en estas páginas vamos a explorar el sistema español de sanciones a las infracciones a la defensa de la competencia desde un triple enfoque: la previsión normativa, la aplicación administrativa y la revisión judicial, anticipando que no siempre los tres planos van a ser coincidentes. Ello, además, abre la puerta a otros temas de notable calado: la capacidad normativa de las agencias reguladoras (en nuestro casos las autoridades de competencia); la relación del Derecho europeo de la competencia con los ordenamientos nacionales o los efectos de la capacidad revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

² N. CALVIÑO, «Public enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU, *Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford, 2007; J. PADILLA y E. ZOIDO, «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias», en S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÓ, *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, 2008; M. MOTTA, «On Cartel deterrence and fines in the EU», *European Competition Law Review*, vol. 29, núm. 4, 2008

³ J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012. Cfr. igualmente la STC 76/1990, de 26 de abril, sobre la modulación de las sanciones tributarias y el principio de capacidad y como la existencia de estos parámetros variables no vulnera ni el principio de igualdad ni el de predeterminación normativa (FJ 6.º).

2. EL SISTEMA SANCIONADOR CLÁSICO EN LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La Ley 15/2007, a diferencia de su predecesora⁴, regula con notable detalle la cuestión del cálculo del importe de las sanciones en sus arts. 63 y 64. Se trata de un doble sistema basado tanto en la gravedad de las conductas como en la capacidad económica del sujeto. Se sanciona de acuerdo con el siguiente esquema:

Infracción leve	0-1 por 100 volumen negocios total año anterior
Infracción grave	0-5 por 100 volumen negocios total año anterior
Infracción muy grave	0-10 por 100 volumen negocios total año anterior

El sistema es, pues, tributario de la idea de la modulación de la sanción según la capacidad económica del sujeto infractor. El precepto merece algunas aclaraciones. En primer lugar, la Ley prevé un sistema de multas máximas (importe tope). Es decir, en realidad se está atribuyendo a las autoridades de competencia una cierta discrecionalidad entre un mínimo inespecífico (un euro, por ejemplo) y un porcentaje del «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa» (VNT). Esta horquilla funciona de manera ilimitada dentro de cada tipo de infracción de manera que la escala no resulta siempre consecutiva. En otras palabras, una infracción grave puede ser sancionada con cuantía inferior a una leve⁵. Residualmente, en los casos donde no sea posible obtener el dato del VNT, se establece una horquilla de cantidades fijas de acuerdo con el sistema tradicional⁶.

Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

La fijación de una horquilla de importes para las sanciones, no agota, sin embargo, las prescripciones normativas en aras a delimitar la discrecionalidad de las autoridades de competencia en la fijación de la multa.

⁴ El literal del art. 10.1 de la Ley 16/1989, establecía que: «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 arts. 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el art. 4.2, multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal». Véase J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORUS, *Tratado de Derecho de la Competencia*, Barcelona, Bosch, 2005.

⁵ Resolución CNC de 17 de mayo de 2011, Expte. SNC/0008/10, caso *TOMPLA*. No deja este de ser un supuesto excepcional al aplicarse la legislación más favorable a los umbrales de exención de las operaciones de concentración según la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible.

⁶ Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros; las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros; las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros. Nótese como para las infracciones muy graves se fija solo el suelo del intervalo.

El legislador prevé en su art. 64 LDC que el importe final de las sanciones (debe entenderse una vez establecida la calificación de la infracción) se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.
- c) El alcance de la infracción.
- d) La duración de la infracción.
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables⁷.

Hay que notar como los criterios de graduación dentro de la horquilla prefijada pueden operar tanto al alza como a la baja. El alcance, la duración de la infracción o los beneficios obtenidos son circunstancias ponderadoras abiertas que se fijan en relación a otros casos investigados⁸. Esta circunstancia, junto con la utilización de parámetros contables (volumen de negocio) o mercantiles (asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas), abren el campo a una considerable capacidad de modulación. «El art. 64 implica un avance frente a la situación anterior: entre los criterios para la determinación del importe de las sanciones se distingue entre aquellos aspectos relacionados con la naturaleza y gravedad de la infracción y las circunstancias particulares de cada empresa infractora que son desarrolladas posteriormente en los apartados 2 y 3 de esta disposición. Sin embargo, el método de cálculo de multas establecido en la LDC continúa siendo deficiente en términos de transparencia y de claridad metodológica, en especial cuando se compara con el Derecho comunitario»⁹.

Insistimos, pues en que la LDC de 2007 supone un avance en la predefinición normativa de los criterios de imposición y de cuantificación de la sanción. Se establece una triple escala de infracción leves, grave y muy

⁷ Se enumeran como circunstancias agravantes: a) la comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley; b) la posición de responsable o instigador de la infracción; c) la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas; d) la falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el art. 62. Y como circunstancias atenuantes: a) la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción; b) la no aplicación efectiva de las conductas prohibidas; c) la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado; d) la colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los arts. 65 y 66 de esta Ley (programa de clemencia).

⁸ Cfr. A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Artículo 63. Sanciones y Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones», en VVAA, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 989 y ss.; A. VIDE, «Artículo 63 y Artículo 64», en M. ODRIOZOLA (dir.), *Derecho Español de la Competencia*, Barcelona, Bosch, 2008.

⁹ A. VIDE, «Artículo 63 y Artículo 64», en M. ODRIOZOLA (dir.), *Derecho Español de la Competencia*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 1095.

grave (antes inexistente), a la vez que se prefiguran los criterios que podrá utilizar la autoridad para la exacta cuantificación del importe.

3. COMUNICACIÓN DE 6 DE FEBRERO DE 2009,
DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA,
SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE LAS SANCIONES
DERIVADAS DE INFRACCIONES DE LOS 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

El *BOE* núm. 36, de 11 de febrero de 2009, publica un instrumento interpretativo de primera magnitud donde la CNC determina el sentido de la aplicación de algunos elementos básicos en el cálculo de las sanciones a imponer en materia de defensa de la competencia¹⁰. Sobre la cuestión de la naturaleza y valor normativo de las comunicaciones, nos hemos pronunciado ya en otro lugar¹¹. Lo que ahora más interesa es constatar la articulación metodológica del sistema de cálculo que ofrezca mayor certidumbre, previsibilidad y mayor seguridad jurídica a los operadores. La metodología general para la cuantificación de las multas será aplicada con carácter general aunque ello no impide que, excepcional y motivadamente, la CNC aplique de forma circunstancial otros criterios distintos.

Con estas premisas, la Comunicación plantea una fórmula para el cálculo de la sanción dividida en tres fases sucesivas¹²: A. Determinación del importe básico de la sanción; B. Aplicación de un coeficiente de ajuste en función de las circunstancias agravantes y atenuantes; C. Ajuste a los límites establecidos en la LDC y al beneficio ilícito obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción.

A. DETERMINACIÓN DEL IMPORTE BÁSICO

El importe básico de la sanción se calculará como una proporción del volumen de ventas de la empresa o empresas afectados por la infracción. A su vez, el volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido —o sea susceptible de producir— efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Se

¹⁰ Cfr. I. SÁNCHEZ, «La nueva comunicación de sanciones por infracciones de las normas de competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 10, julio-agosto de 2009.

¹¹ C. PADROS REIG, «Los poderes normativos de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORUS, *La lucha contra los cárteles en España*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

¹² Un ejemplo detallado de la metodología de cálculo puede verse en Resolución CNC de 28 de febrero de 2013 (Expte. S/0342/11), caso *Espuma de Poliuretano*.

suman por tanto tres elementos distintos: volumen de negocio, afectación geográfica y duración temporal. El importe básico de la sanción vendrá determinado por la aplicación de los criterios señalados en las letras a) a e) del art. 64.1 de LDC, que como hemos visto antes, ponderan: la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos.

Cuando el mercado donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, trascienda las fronteras del Estado español, se tendrá en cuenta el volumen de ventas afectado por la infracción dentro del Espacio Económico Europeo. En esos casos, se procederá según lo dispuesto en el 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 TCE, en especial los arts. 11 y ss., y la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia de 27 de abril de 2004.

Cuando para alguno o algunos de los años del periodo de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido. En aquellos casos en que ni siquiera sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción durante el último año de la misma, se tomará en su lugar el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal.

Al respecto, cabe decir que el criterio del volumen de ventas en el mercado afectado (VVMA) puede dar una dimensión cuantitativa de la práctica restrictiva pero no de sus efectos perniciosos. Así, si partimos de la base que la cartelización entre empresas es siempre una conducta muy grave, se hubiera podido afinar más el criterio y en vez de basarlo en un dato como el volumen de ventas, analizar los daños efectivamente producidos por el cártel o los beneficios obtenidos por las empresas. Ello requeriría unos estudios económicos más elaborados y detallados para los que las autoridades no siempre disponen de los medios humanos y de tiempo necesarios. Lo cierto es que la literatura económica permite evaluar muy distintos impactos de los cárteles y los daños a los consumidores varían enormemente¹³.

El importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción (VVMA) un porcentaje que, partiendo del 10 por 100, podrá incrementarse en consideración a los siguientes criterios de forma cumulativa: i) si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales; ii) si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un *input* productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales. Por tanto,

¹³ J. M. CONNOR e Y. BOLOTOVA, «Cartel overcharges: survey and meta-analysis», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, 2006.

el importe básico se situará entre un 10 y un 30 por 100 (10+10+10) del volumen de ventas afectado por la infracción.

Finalmente, el importe básico de la sanción aumentará con la duración de la infracción. El peso relativo de cada año adicional de infracción será decreciente con la duración. Así, el volumen de ventas correspondiente al último año de infracción será computado en su totalidad, mientras que los de las ventas de años anteriores se ponderarán decrecientemente de acuerdo con la regla $1 = 1,00$; $2 = 0,75$; $3 = 0,50$; $4 = 0,25$; $5 = 0,15$; $6 = 0,10$; 7 y ss. $= 0,05$. Hay que reparar en cómo el factor tiempo puede presentar una distorsión importante en la obtención de la cifra de ventas final. En los cárteles de larga duración y en declive, el mayor impacto se produce en el momento temporal más alejado y ello hace que se multiplique por un factor menor. En cambio, el factor mayor (más cercano en el tiempo) puede aplicarse a unas ventas francamente residuales. La fórmula de tiempo presume pues que los beneficios del cártel son constantes, lo que no deja de ser una presunción. Igualmente, en situaciones de inestabilidad económica (alta inflación), deberían actualizarse las cifras de ventas de acuerdo con constantes monetarias. No es lo mismo el valor x de unas ventas hace diez años que el valor de esa misma x hoy.

B. COEFICIENTE DE AJUSTE

Al importe básico obtenido en la anterior operación, y de conformidad con lo establecido en la letra g) del art. 64.1 de la LDC, se incrementará o reducirá en función de las circunstancias agravantes o atenuantes relacionadas, respectivamente, en los apartados 2 y 3 del mismo art. 64, entre otras posibles. La aplicación de cada una de las circunstancias agravantes o atenuantes referidas en el párrafo anterior supondrá un aumento o disminución del importe básico en un porcentaje de entre un 5 y un 15 por 100, de manera que hay que entender que por la apreciación de cada una de las circunstancias individualmente consideradas, el resultado puede oscilar un 5 por 100.

En cuanto a la agravante de reincidencia, la Comunicación ofrece un criterio para apreciarla: se entenderá que la comisión de una infracción con anterioridad a la comisión de la infracción sancionada supone una circunstancia agravante cuando: i) exista una resolución firme en vía administrativa o una sentencia judicial en la que se declare acreditada la comisión de la infracción anterior; o ii) dicha resolución sancionadora se haya dictado en los diez años anteriores a la comisión de la infracción que se pretende sancionar.

C. LÍMITES DE LAS SANCIONES

El importe final de la sanción no podrá en ningún caso superar los límites máximos que, para cada tipo de infracción, establece el art. 63 de la

LDC. A efectos del cálculo del límite máximo se atenderá a lo dispuesto en el art. 61.2 de la LDC.

La Comunicación contiene otros aspectos que no centran ahora nuestra atención (delimitación del concepto mercado de reciente liberalización o sanciones a representantes legales o personas que integran los órganos directivos intervinientes en el acuerdo o decisión objeto de sanción). Lo cierto es que la Comunicación CNC de 2009 ofrece al operador una mayor claridad y objetividad en cuanto a la determinación del *quantum* sancionador de las posibles infracciones. Hay que decir que la CNC se basa en gran medida en el modelo europeo de cálculo de las sanciones expresado en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23.2.a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003¹⁴. Para no reiterar los mismos conceptos, nos valdremos de un cuadro resumen¹⁵:

<i>Multa de base</i>	Porcentaje del valor de las ventas afectadas (0-30 por 100) x duración (en años o en periodos inferiores a un año) + 15-25 por 100 del valor de las ventas consideradas: elemento disuasorio adicional para los cárteles
<i>Incrementada por</i>	<i>Factores agravantes</i> Por ejemplo, liderar la infracción, ser reincidente u obstruir la investigación
<i>Reducida por</i>	<i>Factores atenuantes</i> Por ejemplo, participación limitada o comportamiento favorecido por la normativa
<i>Sujeta a un máximo global</i>	<i>10 por 100 del volumen de negocios (por infracción)</i>
<i>Posibilidad de reducción adicional por</i>	<i>Clemencia:</i> 100 por 100 para la 1ª, hasta el 50 por 100 para la siguiente, 20-30 por 100 para la tercera y hasta el 20 por 100 para las demás
	<i>Transacción:</i> 10 por 100
	<i>Reducción por incapacidad contributiva</i>

De lo expuesto el lector podrá comprender la diferencia que existe entre el sistema actual y el sistema previsto en la Ley 16/1989. Se ha pasado de una cuantificación por límites objetivos (horquilla de importes) a una cuantificación variable según la gravedad de las conductas. Además, el sistema antiguo no contemplaba separadamente la gravedad intrínseca de la

¹⁴ DOUE C-210/2, de 1 de septiembre de 2006.

¹⁵ Disponible en www.ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf. Acceso en junio de 2015.

conducta con los elementos individualizados del caso. Es decir, para el legislador de 1989 la duración y el alcance del cártel constituía un elemento típico de la escala sancionadora y no un elemento de graduación del cálculo del *quantum* sancionador dentro de cada escalón. La interpretación del Derecho europeo así como la de las autoridades de competencia en España es que la lectura de los arts. 63 y 64 LDC no se realiza con el mismo orden de la Ley sino al inverso en que aparece en la Ley. Primero se aplica el art. 64 y se determina el importe de la multa y después se comprueba si ese importe resultante es acorde con la limitación del art. 63 LDC (tope máximo o mal llamado umbral de nivelación). No hay una lectura conjunta de los dos preceptos sino que uno realmente se destina a la cuantificación de la sanción y el otro establece una comprobación ulterior para asegurar que la sanción no es excesiva. Esta interpretación es legítima y común, pero, como veremos, no es la única posible.

4. LA REVISIÓN JUDICIAL DE CIERTOS CASOS EN LA AN

La aplicación de los preceptos de la Ley 15/2007 ha sido irregular pero esencialmente basada en la metodología de cálculo que hemos explicado en el periodo 2007-2013¹⁶. Es en 2013 cuando la Audiencia Nacional en un proceso contencioso-administrativo interpuesto por Emilio Lustao, S. A., en la discusión de la sanción impuesta, introduce una importante corrección interpretativa (SAN de 6 de marzo de 2013, recurso 619/2010). Efectivamente, la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de julio de 2010, impuso a la recurrente la sanción de multa de 400.000 euros por resultar acreditada una infracción del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del art. 101 del TFUE¹⁷. Esta resolución —junto con otras de la familia Vinos Finos de Jerez¹⁸— fue recurrida ante la Sección 6.^a de la Sala de lo contencioso-administrativo de la AN. A juicio de la Audiencia debe producirse una atenuación de la multa por una cuestión que es propiamente ajena al cálculo en sí como es el hecho de que la Administración creara una cierta confusión o apariencia de Derecho en la actuación de las empresas que se cartelizaban para fijar el precio de la uva. Este aspecto escapa ahora de nuestro estudio¹⁹.

¹⁶ Véase la lista de casos en C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014. Se da además la circunstancia anecdótica de que un día antes de la Sentencia de 6 de marzo de 2013 que después se analiza, la AN dicta Sentencia en el recurso 566/2011, *Misturas, Obras e Proxectos* (Expte. S/022610, *Licitaciones carreteras*), donde se analiza y valida la aplicación de la Comunicación de multas apelando a la jurisprudencia comunitaria y a las Directrices comunitarias en relación con el cálculo de multas, así como se reconoce la diferencia entre el volumen de ventas afectado (art. 64) y volumen de negocio total (art. 63).

¹⁷ Expte. S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*.

¹⁸ SAN de 7 de marzo de 2013 (rec. 535/2010); SAN de 8 de marzo de 2013 (rec. 540/2010); SAN de 10 de abril de 2013 (rec. 622/2010).

¹⁹ Lo hemos tratado ya en C. PADROS REIG, «La presencia de la Administración Pública en cárteles privados: la regulación administrativo-colusoria», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, 2013. «En el caso se anuló la Resolución en lo que a la imposición de sanción se refiere, al

Sí nos interesa, en cambio, la parte del FJ 8.º que se dedica a examinar dos cuestiones: a) la nueva interpretación del cálculo; y b) la compatibilidad de la misma con el Derecho europeo²⁰.

A. LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA FÓRMULA DE CÁLCULO DE LA SANCIÓN

La interpretación de la naturaleza del límite del 10 por 100 de sanción a que se refieren los arts. 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 art. 25 CE. Para ello, la sentencia trae a colación la doctrina de la doble garantía expresada en la STC 100/2003, de 2 de junio:

«La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la *imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes*. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término ‘legislación vigente’ contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora”. Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2.º; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6.º; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4.º; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4.º; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.º

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, “que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones” (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3.º, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5.º), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el “máximo esfuerzo posible” [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.ºc)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de

no concurrir el elemento subjetivo de la culpabilidad por el protagonismo y la iniciativa de la Administración autonómica en la realización de las prácticas restrictivas, unido a un contexto normativo que inducía a error», A. ESCUDERO, «Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones», Paper presentado al IV seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2014 (inédito).

²⁰ Se exponen de manera inversa en la SAN.

29 de marzo, FJ 3.º, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita “predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa” [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4.ºa); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3.º; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4.º; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.º]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de “formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador” (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5.º)».

Junto con lo anterior, la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, exige una definición por el legislador de los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.º; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3.º; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8.º; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4.º). Pese a ello, es necesario admitir que este no es el supuesto que se plantea al caso. No se discute en realidad si las autoridades de competencia han creado tipos sancionadores nuevos no previstos por el legislador sino la legalidad de la fórmula de cálculo del importe de la sanción.

A juicio de la AN, «interpretar los arts. 10 y 63 en el sentido de que el 10 por 100 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 art. 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC». La literalidad de los arts. 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión señala la SAN que:

«a) Una interpretación del límite del 10 por 100 conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0 por 100 y el máximo el 10 por 100 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 por 100—, de las graves —hasta el 5 por 100—, y de las muy graves —hasta el 10 por 100—. 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.

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»²¹.

En cierto modo, se desenfoca el problema de metodología hacia un problema a nuestro juicio inexistente como es la ausencia de regulación legal sobre la predeterminación de las sanciones. La previsión legal existe y no parece acertada la afirmación de la sentencia en referencia a que el órgano administrativo es libre de aplicar cualquier porcentaje al volumen de ventas. Volveremos sobre ello más adelante.

La discusión sobre la compatibilidad de la discrecionalidad administrativa en la fijación del importe de las multas con el principio constitucional de taxatividad no es el único aspecto relevante de la revisión jurisdiccional. La AN da un paso más y ofrece una interpretación de lo que deba entenderse como el límite máximo de las multas según el «volumen total de ventas». Efectivamente, la sentencia establece que «desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción. Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

- 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 reprensión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan.
- c) Ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello lleva a la AN a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción».

Como veremos, sin embargo, la AN mezcla dos criterios distintos para el cálculo de la sanción. El primero es el relativo a la gravedad misma de la infracción a la libre competencia y el segundo es el establecimiento de un tope máximo de importe sancionador en atención a la capacidad económica del sujeto. A pesar de citarse como apoyo de la opción interpretativa —tendencialmente *contra legem*— la STGUE de 12 de diciembre de 2012 (asunto T-352/09, *Novácke Chemické*), la realidad es que la doctrina europea refiere al cálculo del importe de la sanción y no al tope máximo de imposición de la misma.

²¹ Discrepa de estas conclusiones el voto particular de la magistrada doña Lucía Acín.

B. LA COMPATIBILIDAD DE LA MISMA CON EL DERECHO EUROPEO

El caso enjuiciado por la AN y en general la cuestión de la cuantificación de las sanciones en materia de competencia se encuentra con una ulterior dificultad. El sistema español que ahora se cuestiona es en gran medida tributario del Derecho europeo. La Directrices de la Comisión de 2006 son sustancialmente idénticas a las españolas (o mejor, a la inversa). Por ello puede resultar conflictivo aplicar metodologías de cálculo diferenciadas según se trata de una infracción de ámbito nacional o europeo. Recordemos que las autoridades de competencia nacionales aplican también las previsiones sobre competencia del TFUE en su territorio y por ello puede existir la necesidad de cierta armonización o convergencia de las soluciones en cuanto a la cuantificación. En el ámbito del Derecho europeo el Reglamento (CE) 1/2003 aborda la cuestión en su art. 23.2 cuando establece la regla de que la sanción no podrá superar el 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior (una disposición homóloga de nuestro art. 63 LDC)²².

La resolución de la AN trae a colación la doctrina contenida en la STGUE de 12 de diciembre de 2012 (asunto T-352/09, *Novácke Chemické c. Comisión*):

«160. Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el art. 23, apartado 2, del Reglamento núm. 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (Sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006, *Westfalen Gassen Nederland/Comisión*, T-303/02, rec. p. II-4567, apdo. 174, y de 28 de abril de 2010, *Gütermann y Zwicky/Comisión*, T-456/05 y T-457/05, rec. p. II-1443, apdo. 280).

161. En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 por 100 del volumen global de negocios (véanse los apdos. 152 y 153 *supra*) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 por 100 del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas

²² Existen numerosos ejemplos de la aplicación de la metodología de cálculo de la sanción en base a las Directrices europeas de 2006: STGUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-396/10 *Zucchetti Rubinetteria*; STGUE de 16 de junio de 2011, asuntos T-208/08 y T-209/08, *Gosselin Group*; STGUE de 13 de diciembre de 2012, asunto T-103/08, *Versalis y ENI*; STGUE de 2 de febrero de 2012, asunto T-83/08 *Denka Chemicals*.

de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que solo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (Sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, de 28 de junio de 2005, asunto C-189/02, apdo. 283)²³.

162. El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (Sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, citada apdos. 278 y 279).

163. De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 por 100 de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, 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 por 100 exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (Sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, *Putters International/Comisión*, T-211/08, apdo. 74).

A juicio de la AN, la prevalencia del Derecho europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, suponga su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación. De todo ello, se desprende que el art. 23 del Reglamento UE 1/2003 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión.

Según este esquema descrito, la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vincula a las autoridades nacionales. Por el contrario, la imposición de las multas sancionadoras (la actividad de aplicación o ejecución de la normativa europea) se regiría por el Derecho

²³ Asuntos *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P)*, *Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH y otros (C-202/02 P)*, *KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P)*, *LR af 1998 A/S (C-206/02 P)*, *Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P)*, *LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P)*, y *ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas*.

nacional. La actividad estrictamente ejecutiva regulada en el Reglamento quedaría circunscrita a las infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE, con las disfunciones que después veremos.

C. VALORACIÓN

Puede ser criticable el hecho mismo de que la sentencia llega a unas conclusiones que no se pidieron por la parte incurriendo en cierta incongruencia *extra petita*. «La actora no plantea la cuestión en los términos en que va a ser analizada, lo cierto es que expresamente alega falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, lo que implica necesariamente un juicio previo tanto de la mecánica en la graduación del porcentaje a aplicar, como la el volumen de negocio sobre la que ha de aplicarse». Por ello, la SAN llega primero a la conclusión de que la sanción debe ser modulada (rebajada), para después buscar la fórmula para ello. Y lo cierto es que una cosa es la atipicidad de una conducta colusoria (cártel cuasi-administrativo para la fijación de los precios agrícolas) y otra muy distinta es la anulación de un método de cálculo, que puede arrojar multas cuantiosas, pero que es legítimo. Lisa y llanamente, la AN decide primero que la multa debe ser rebajada y después busca el sistema para llegar a ese resultado. Y es que como se desprende de la doctrina del TGUE, la proporcionalidad que se discute no es la interna de las multas sino la relativa en comparación con varios participantes en un cártel, donde puede resultar paradójico que una empresa que haya participado en menor intensidad de una conducta restrictiva acabe pagando más al presentar una mayor capacidad económica (proporcionalidad vertical *versus* proporcionalidad horizontal)²⁴.

Esta conclusión es coherente, sin embargo, con la propia finalidad del límite externo fijado por la Ley. De lo que se trata es que, ante una misma conducta, pague quien más capacidad económica tiene para ello (y no solo quien mayor daño haya producido). La modulación subjetiva de la sanción o la individualización de la sanción según la capacidad económica del infractor lleva inevitablemente a situaciones de desigualdad puesto que en paridad de gravedad de una infracción, pagará más quien mayor capacidad tenga. O incluso en disparidad de gravedad puede llegar a pagar más quien realiza una conducta menos grave pero conforma una gran entidad económica. Esta desigualdad (desproporción a juicio de la AN) es perfectamente querida y no es tal si tenemos en cuenta que el principio de igualdad es exigible para situaciones iguales. Y siempre que se module la sanción con la capacidad del sujeto resultarán posiciones finales desiguales (desproporcionadas).

²⁴ Este es el razonamiento de la sentencia, que no compartimos, pero que no incurre en «carecer de la mínima motivación que han de cumplir las resoluciones judiciales» en palabras de los críticos más vehementes con la sentencia. Es más, tanto el Consejo de Estado como el Consejo General del Poder Judicial, a propósito de la aprobación de la Ley 15/2007, ya advertían sobre este peligro: «El sistema da lugar a una excesiva heterogeneidad en la cuantía de la multa en función del volumen de negocios de cada empresa en un determinado ejercicio, lo que a su vez determina que una misma conducta puede ser objeto de sanciones de cuantía muy diversa».

De este modo la sentencia de la Audiencia, incluye en su FJ 9.º un pronunciamiento sobre el modo de estimar el «volumen de negocio total» ajeno a la literalidad del art. 63 LDC como tope objetivo al importe de la sanción²⁵. Efectivamente, la AN se plantea, un —a nuestro juicio inexistente— problema de interpretación en el concepto «...volumen de ventas...» o «...volumen de negocios total...». En los casos de empresa multiproducto donde la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos, se haría necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción. Esta operación que tiene su lógica en la aplicación del art. 64 LDC, no está prevista en el art. 63 LDC. Nótese como la regulación del primero (cálculo de la sanción se determina en base al «mercado afectado por la infracción», mientras que en el segundo (*fine capping ceiling* o techo máximo), la dicción literal es «el volumen de negocios total de la empresa infractora». Los parámetros son distintos respondiendo a la distinta orientación teleológica de los preceptos: mientras que el art. 63 mide la capacidad económica de la empresa a los efectos de establecer un máximo sancionador, el art. 64 mide la gravedad de la afectación a la competencia de la conducta ilegal.

A pesar de ello, surge la duda al juzgador en cuanto a que cabría entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción, estableciendo una matización que no ha hecho el legislador.

Todo ello lleva a concluir a la AN que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar el tope cuantitativo de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción. Esta es una diferencia enormemente sustancial respecto a la praxis existente y sobre la que volveremos más adelante. A nadie se le escapa que la aplicación de un porcentaje del 10 por 100 al volumen global de una empresa no es lo mismo que la aplicación del mismo porcentaje al volumen del segmento de mercado donde se ha practicado la conducta anticompetitiva. En las empresas multiproducto la diferencia puede llegar a ser abismal y con ella la efectividad disuasoria de las sanciones impuestas²⁶.

²⁵ Razona la SAN que «los conceptos que contiene el precepto (art. 63 LDC) admiten, desde el punto de vista jurídico, diversas acepciones y delimitaciones; por tal razón hemos acudido al espíritu y finalidad de la norma para la delimitación del concepto que encierra y que es, precisamente la base sobre la que debe aplicarse la sanción».

²⁶ La serie de SSAN de 2013 ha sido objeto de duras críticas por parte de C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional antes las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014; y V. SOPEÑA BLANCO y H. OTERO OTERO, «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?», *Anuario de la Competencia 2013*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2014. Los autores mencionados no fijan la posición institucional de la autoridad española de competencia (CNC-CNMC) pero todos ellos son altos o ex altos funcionarios de la misma.

A poco que se repare en ello, resulta que el razonamiento de la sentencia es cuanto menos contradictorio: si resulta que el volumen total de negocio debe interpretarse no como la capacidad económica de la empresa sino como el volumen total de negocio en el mercado afectado por la práctica cartelizadora —integrando por ello la disposición del art. 63 dentro del art. 64— decaería luego la razón para considerar que no se cumple el principio de taxatividad. Dicho en otras palabras, se achaca al art. 64 una vulneración del principio de taxatividad puesto que la Ley no prevé los porcentajes máximos sobre el volumen de ventas (cosa que se traslada a la Comunicación CNMC), pero al mismo tiempo se reconoce que el art. 64 debe moverse dentro de la horquilla prevista en el art. 63, que funcionaría de este modo no como un límite externo sino interno en el cálculo de la multa. No parece acertado sostener las dos tachas a la vez: o se considera la falta de taxatividad o se considera que la interpretación sobre el volumen total de ventas del mercado afectado elimina el óbice sobre la taxatividad al integrar el cálculo interno en la cuantificación de la sanción (a pesar de deber acudir a una interpretación muy forzada de la dicción literal del art. 63). En otras palabras, si se toma la definición que propone la AN el cálculo de la sanción cumpliría el principio de taxatividad pues establecería una horquilla en el proceso de fijación de la cuantía de la multa (definición de un arco sancionador y no solo de un límite máximo).

Esta contradicción se pone de manifiesto igualmente por LILLO: «Esta interpretación del volumen total como el volumen de negocios de la empresa en todas sus actividades se sustenta también en un análisis sistemático de la Ley. En efecto, de un análisis de los arts. 63 y 64 de la Ley se infiere que la Ley ha distinguido entre el concepto de mercado afectado —que es configurado como un criterio para graduar el importe de la multa— del concepto de volumen total de negocios, que por el contrario ha sido configurado como el límite máximo que pueden alcanzar las multas —calculadas en función de los criterios del art. 64—. Una interpretación contraria no sería respetuosa con la diferenciación hecha por el legislador entre criterios para el cálculo del importe de la multa y el límite máximo que esta puede alcanzar, pero es que, además, supondría la inaplicación de algunos de los criterios recogidos en el art. 64. En este sentido, la interpretación de la AN, al asociar el límite del 10 por 100 con el volumen de ventas en el negocio afectado, puede suponer que los criterios previstos en el art. 64, referidos al beneficio ilícito y a la duración de la infracción no sean tenidos en cuenta en la práctica para fijar el importe de la multa. Piénsese, por ejemplo, en una empresa que ha participado durante muchos años en un cártel y que ha obtenido un elevado beneficio —ilícito— por ello. Sin embargo, como el límite del 10 por 100 está referido al volumen de negocios en el mercado afectado en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa, y este puede ser muy inferior al beneficio ilícito obtenido durante los años en los que se cometió la infracción, en la práctica supondría que ambos criterios no serían correctamente valorados para el cálculo del importe de la multa. Por tanto, la interpretación de la AN supone dejar sin aplicación efectiva algunos de los criterios del art. 64 previstos expre-

samente por el legislador, lo que es contrario a cualquier interpretación sistemática de la Ley»²⁷.

Por ende, al realizar la AN una interpretación conjunta de los arts. 63 y 64 se ve obligada a forzar el significado gramatical del art. 63 LDC. Se pueden mantener dos conceptos distintos respecto al volumen total de ventas (de toda la empresa o solo de la actividad ilegal) si se interpretan separadamente los dos artículos. En uno (art. 63) se determinaría un límite máximo insuperable según la capacidad económica del infractor, mientras que en el otro (art. 64) se establecería un sistema de cálculo del importe de la sanción según la gravedad de los hechos. Al interpretarlos conjuntamente e integrar la disposición del art. 63 dentro del art. 64, la AN se ve obligada a homogeneizar dos criterios que estaban pensados por el legislador para cosas distintas.

En definitiva, la AN efectúa una doble corrección interpretativa: de una parte integra el límite máximo del art. 63 en la construcción de la graduación que se hace en el art. 64. Ya no se trata de conceptos diferentes sino de garantizar la taxatividad mediante la existencia de una horquilla predeterminada normativamente donde aplicar la graduación. Y de otra, considera que los topes máximos de la horquilla deben referir al volumen de ventas afectadas por la infracción y no al volumen de ventas global de la empresa (lo que indicaría la gravedad de la conducta y no la capacidad económica del sujeto). A nadie se le escapa que el hecho de interpretar el techo máximo de la sanción como interno o externo a la gradación del cálculo de la multa no es excesivamente relevante. Al final, ninguna multa podrá superar el 10 por 100 del VNT de la empresa infractora en cualquiera de los casos. Lo que sí es verdaderamente trascendente y con un gran impacto práctico es modificar el límite de imposición del VNT de la empresa al volumen total del mercado afectado (VVMA). Desaparece con ello el techo máximo relacionado a la capacidad económica de la empresa infractora y se reducen considerablemente las cuantías de potenciales sanciones.

En definitiva, la serie de sentencias de la AN que conforman esta nueva doctrina consideran que la CNMC no tiene la misma naturaleza ni los mismos poderes que la Comisión europea (ello es cierto); que la determinación de criterios de graduación de la sanción no puede deferirse al desarrollo administrativo en una simple comunicación interpretativa (se confunden los conceptos de tipificación con los de motivación de la graduación); que debe procederse a una lectura integrada de los arts. 63 y 64 para garantizar la taxatividad del Derecho sancionador (pero de ello se extrae una consecuencia errónea) y finalmente que el tope máximo de las sanciones que puedan imponerse en infracciones a la LDC no debe calcularse sobre la capacidad económica del sujeto infractor sino sobre el volumen de ventas del mercado afectado por la práctica anticompetitiva. El enorme calado de

²⁷ C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional antes las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014, p. 4.

estas consideraciones explica perfectamente el revuelo organizado entre los operadores jurídicos²⁸.

5. VUELTA AL PASADO. LA STS DE 29 DE ENERO DE 2015

A. EL CASO *BCN ADUANAS Y TRANSPORTES (TRANSITARIOS 2)*

Mediante Acuerdo de 19 de mayo de 2010 el Consejo de la CNC acordó interesar la incoación de procedimiento administrativo sancionador contra las empresas BCN y Bofill Arnán, S. A. (B&A), aun reconociendo la evidente relación entre el accionariado y miembros de los órganos de dirección de ambas empresas. El Consejo consideró que se trataba de dos personas jurídicas distintas cuya responsabilidad administrativa en las conductas presuntamente infractoras debía dilucidarse en el marco de un procedimiento en el que pudieran ejercitar, en toda su extensión y con observancia de todas las garantías legalmente reconocidas, el derecho de defensa que les asiste. Por ello el 25 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación incoó el expediente sancionador S/0269/10 *Transitarios 2*, contra BCN y B&A.

La resolución constata que ambas empresas comparten accionariado, sede, composición de sus órganos de administración y director general, mencionándose la página web oficial que comparten y en la que se indica expresamente que BCN forma parte del grupo Bofill & Arnán, así como que B&A y BCN comparten los mismos departamentos de Aduanas y Logística con independencia del tipo de negocio desarrollado: aéreo, marítimo o terrestre. En la Resolución se indica que el objeto del procedimiento es determinar si B&A y BCN han tomado parte en las conductas colusorias desarrolladas entre los años 2000 y 2008 por una serie de empresas que realizan actividades del negocio transitario terrestre y que fueron sancionadas por el Consejo de la CNC en su Resolución de 31 de julio de 2010 (S/0120/08).

Para el Consejo de la CNC no existe inconsistencia entre lo manifestado por la DI y el Consejo de la CNC en su Acuerdo de 19 de mayo de 2010 ya que este se limita a señalar que, a pesar de que es evidente la relación entre el accionariado y miembros de los órganos de dirección de BCN y B&A, son dos personas jurídicas distintas cuya respectiva responsabilidad administrativa en las conductas analizadas, caso de existir, debe dilucidarse atendiendo a la intervención que cada una de ellas ha tenido en los hechos imputados. Es cierto que la doctrina nacional y comunitaria señala que ante una relación accionarial de claro control entre dos empresas, la unidad de acción y, por tanto, la responsabilidad de la matriz respecto de la conducta de la filial puede presumirse, salvo prueba en contrario. Pero

²⁸ Revuelo que afecta no solo a abogados y asesores de empresas sino a los propios magistrados que enjuician estos asuntos. Véanse los votos particulares de la magistrada Lucía Acín Aguado a la SAN de 24 de junio de 2013; Eugenio López Candela a la SAN de 12 de marzo de 2014 o, Santiago Soldevila Frago a la SAN de 14 de marzo de 2014.

también entiende la doctrina que, incluso cuando una empresa del grupo no controla accionarialmente a otra, también puede existir unidad económica o de acción entre empresas que presenten cierta relación accionarial, caso que puede ser el de las denominadas «compañías hermanas». Esto es, «las que tienen el mismo accionariado sin que una tenga control aparente sobre la otra», en los que «puede existir unidad de acción económica, ya sea por control *de facto* o estrecha coordinación, que haga que deban ser considerados como grupo al menos a los efectos del Derecho de la competencia». Se traslada por el Consejo de la CNC a su Resolución el punto 66 de la Sentencia del TPI de 20 de marzo de 2002, asunto T-9/99 *HFB y otros contra la Comisión*.

Sin embargo, continúa el Consejo de la CNC su argumentación, en ausencia del control accionarial jerarquizado, la unidad económica no puede presumirse a efectos de atribución de las responsabilidades que correspondan. De ahí que la doctrina jurisprudencial del TJUE sostenga que para que pueda imputarse a las compañías hermanas con el mismo grado de responsabilidad no basta con que estén participadas por las mismas personas (Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2002, asunto C-196/99 P *Aristrain/Comisión*), sino que tienen que darse elementos adicionales que la prueben y que dichos elementos dependerán de las circunstancias del caso. Así el Consejo de la CNC indica que la jurisprudencia ha tenido en cuenta reiteradamente como tal elemento «el desempeño por una misma persona física de las funciones de dirección, el que esta persona represente a las empresas hermanas en las reuniones del cártel y que el cártel considere como un mismo participante a ambas empresas (véase entre otras Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-198/02 P, C-202/02; C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P *Dansk Rørindustri/Comisión*)». Este es el caso de B&A y BCN cuyo director general es común para ambas empresas, y participó en las conductas en nombre de las dos.

De ahí que, una vez acreditada una infracción del art. 1 de la LDC y art. 101 del TFUE de la que son responsables solidarias BCN y B&A consistente en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio el Consejo de la CNC les impone solidariamente el pago de una multa por un importe de 1.184.000 euros (Resolución CNC Expte. S/0296/10, *Transitarios 2*) de 1 de diciembre de 2011).

B. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA SANCIÓN

La Resolución CNC que hemos presentado fue recurrida ante la AN en el recurso contencioso-administrativo núm. 29/2012. La sentencia de instancia (SAN de 24 de junio de 2013) acordó declarar acreditada la existencia de una conducta anticompetitiva pero estimó parcialmente el recurso al considerar nula la cuantificación de la sanción en términos parecidos a la nueva doctrina que hemos visto adopta la Audiencia Nacional. Por razón de la cuantía, la SAN es susceptible de recurso de casación ante el TS quien

acaba conociendo del asunto y dicta su STS de 29 de enero de 2015²⁹. La interposición de la casación se realiza por la Abogacía del Estado mientras que la mercantil se opone.

Al igual que la AN, el TS considera probado que durante un periodo prolongado de tiempo (años 2000 a 2008) un significativo grupo de empresas transitarias, operadores relevantes en el sector de los transportes terrestres internacionales de mercancías, habían coordinado sus estrategias comerciales en diferentes aspectos y, en particular, en cuanto a la repercusión de costes y fijación o actualización de tarifas. Por ello, la controversia en casación no se extiende ni a los hechos ni a la calificación jurídica de la conducta [tipificada en la letra *a*) del apartado primero del art. 1 de la Ley 15/2007 y en el art. 101 del TFUE] sino exclusivamente a las consideraciones —y a sus consecuencias, traducidas en un fallo parcialmente estimatorio de la demanda— que se vierten en el fundamento jurídico sexto de la sentencia relativo a «la mecánica en la fijación de la multa impuesta». Al respecto, analizamos los varios planos de análisis del pronunciamiento judicial:

a) *La naturaleza del tope máximo del art. 63 LDC (FJ 5.º)*

«La interpretación del art. 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el 1, 5 o 10 por 100 del “volumen de negocios total de la empresa infractora”, según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición “hasta” —que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el art. 63.1 de la Ley 15/2007— denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción».

Esta es una interpretación que seguramente no plantearía problemas desde la perspectiva del Derecho nacional si no fuese por la incidencia de un elemento externo —el art. 23, apdo. 2, párrafos 2.º y 3.º, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas comunitarias de competencia— al que más tarde haremos referencia. Responde a lo que es usual en las normas sancionadoras administrativas, en las que el legislador fija un intervalo (un espacio entre dos valores, uno máximo y otro mínimo) de las sanciones pecuniarias posibles, bien haciéndolo en términos fijos (multa de 1 euro hasta x euros) bien en términos porcentuales (multa del correspondiente tanto por ciento, desde 0 hasta x , de una determinada magnitud, sea esta el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada, el contenido económico de la operación de blanqueo de capitales detectada, u otras similares).

²⁹ Sección 3.ª, Ponente magistrado Campos Sánchez-Bordona.

Desde esta perspectiva cada uno de los porcentajes máximos establecido por el art. 63.1 de la Ley 15/2007, en función de la calificación de la conducta como infracción leve, grave o muy grave, tiene la misma naturaleza, lo que revela «[...] la debilidad del argumento que emplea el abogado del Estado cuando sostiene que uno de ellos (el 10 por 100) no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones sino como factor de moderación *a posteriori*, esto es, una vez calculadas estas. Para el abogado del Estado aquel porcentaje operaría únicamente como límite extrínseco, como “un umbral máximo que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesta no podrá superar”. La finalidad de este límite del 10 por 100 sería, a su juicio, la de evitar que “la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito, por cuanto la desaparición de una empresa en cierto sector en nada ayuda a la competencia en el mismo”».

Si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el 1 y el 5 por 100) tienen, en la configuración normativa del art. 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el 10 por 100 para las infracciones muy graves, la tesis de la defensa no resulta aceptable.

A juicio de la STS, «el método de cálculo de las sanciones implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente —solo a modo de correctivo— el porcentaje del 10 por 100 del volumen de negocios. Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del art. 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El art. 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto “umbral de nivelación”³⁰ sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles den-

³⁰ Sobre la cuestión del «umbral de nivelación» como límite externo, resulta interesante acudir a las varias versiones en lenguas oficiales de la STGUE de 12 de diciembre de 2012 (asunto T-592/09, *Novácke Chemické*), para dilucidar algo más el término conceptual. En la versión inglesa, original del caso, se utiliza el término «*capping ceiling*», muy parecido al alemán «*Kappungsgrenze*» traducible por techo límite o límite máximo. En cambio en la versión francesa, aparece como «*seuil d'écrêtement*» que también significa suelo o umbral. De ahí que otras versiones recojan un concepto algo deformado del término original: «*soglia di contenimento*» en italiano, o «*limite de nivelamento*» (portugués) o «umbral de nivelación» (español). El concepto original de «*capping ceiling*» se distorsiona en el paso a otras lenguas oficiales y como efectivamente detecta el TS, «umbral» es la parte inferior de una puerta o valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado, significado antónimo del original.

tro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones».

Y prosigue la sentencia con una comparación global del *ius puniendi* de los poderes públicos en la materia. «Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son, como resulta lógico, las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo art. 284.1 sanciona a quienes “empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación”. Pues bien, de conformidad con el art. 288 del Código Penal, cuando una persona jurídica sea responsable del delito tipificado en el art. 284 le corresponderá una “multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad” o una “multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”. El sistema de multas-periodo de tiempo, a su vez, para el caso de las que se pueden imponer a las personas jurídicas tiene como base una cuota diaria con un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros.

Si traemos a colación estas referencias es por corroborar que en el Derecho sancionador español incluso las sanciones pecuniarias que corresponden a las conductas contrarias a la libre concurrencia más graves (las delictivas) tienen previstas en la Ley una escala o intervalo de valores mínimos y máximos dentro del cual se ha de individualizar la respuesta punitiva. Es cierto que en el caso de las personas jurídicas las penas por estos delitos no se limitan a las pecuniarias, pero lo relevante a los efectos que aquí importan es la necesaria —y constante— predeterminación legal de las cifras mínimas y máximas, fijas o porcentuales, dentro de las cuales han de imponerse las multas».

En definitiva, considera el TS, al igual que lo hacía la AN que entender el tope máximo del art. 63 LDC como límite externo (y no como interno o integrado en el art. 64 LDC), no es acorde con el ordenamiento español.

b) *El principio constitucional de taxatividad (FJ 7.º)*

Así las cosas, es decir, descartado el tope sancionador máximo del art. 63 LDC como un límite externo a la cuantificación de la sanción y un elemento solo de modulación del mismo en vista a la subsistencia de la empresa, debe de analizarse ahora si la cuantificación de la sanción propiamente dicha (art. 64 LDC) se ajusta o no a las exigencias constitucionales.

Según la sentencia «las garantías constitucionales (art. 25.1) respecto de la predeterminación de las sanciones administrativas en términos taxativos harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley, y a tales efectos, un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. Un sistema que no fijase aquella escala y solo contuviese

una previsión para después atemperar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales.

En fin, aun cuando se admitiera una cierta colaboración reglamentaria (art. 129.3 de la Ley 30/1992) para “introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de [...] sanciones establecidas legalmente”, que contribuyan “a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”, los reglamentos no podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla. Y de modo específico en el caso de las sanciones en materia de defensa de la competencia el Reglamento aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, simplemente no contiene preceptos aplicables a ellas, sin que tampoco se hayan atribuido a la Comisión Nacional de Competencia potestades reglamentarias en la materia, careciendo de esta naturaleza y de carácter vinculante *ad extra* sus comunicaciones.

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

Dado que los criterios de graduación venían referidos en la Ley 16/1989 a una escala que tenía como límite superior aquella cantidad y porcentaje, esta Sala del Tribunal Supremo pudo rechazar el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad que se nos había solicitado respecto del art. 10 de la Ley 16/1989 y sentar la doctrina que figura en las sentencias de 8 de marzo de 2002 (recurso de casación núms. 7512/1995 y 8088/1997), 6 de marzo de 2003 (recurso de casación núm. 9710/1997) y ulteriores, doctrina, por cierto, corroborada por la Sentencia constitucional 175/2012, de 15 de octubre, recaída en el recurso de amparo interpuesto frente a una de aquellas (la de 3 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 3073/2006)³¹. No es correcto aducir las referidas sentencias

³¹ Merece la pena la transcripción del FJ 3.º de la STS de 6 de marzo de 2003 que analiza esta cuestión: «El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho precepto legal, en los dos apartados antes transcritos, por considerar que ninguno de ellos vulnera el art. 25.1 CE. Es cierto que las multas previstas en la Ley 16/1989 lo han sido, como en otra ocasión hemos afirmado (Sentencia de 8 de marzo de 2002, recaída en el recurso de casación 8088 de 1997), dentro de márgenes muy amplios, pero no absolutamente indeterminados, con referencia a variables o criterios sin duda generales y de no fácil y exacta verificación. De modo que no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar al TDC un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de “dosimetría sancionadora” rigurosamente exigibles. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia, pues resulta inherente a toda decisión sancionadora de este género, además de la finalidad estrictamente represiva, la de defender los intereses públicos “concretados en el funcionamiento concurrencial del

como si de ellas se pudiese validar la tesis favorable al carácter de “umbral de nivelación” del porcentaje del 10 por 100».

En definitiva —y aquí radica el nudo jurídico más importante del asunto— tanto la AN como el TS concuerdan que la imprecisión de la LDC en la cuantificación de las sanciones por infracciones a la libre competencia no es compatible con el estándar de garantía constitucional de certeza y previsibilidad del art. 25.1 CE.

c) *La posición del Derecho europeo (FJ 6.º)*

A cualquier lector que haya llegado hasta este punto le sorprenderá el resultado dispar que produce la jurisprudencia española respecto a la europea. Así, mientras que para el Derecho europeo es perfectamente normal la delegación en una Comunicación administrativa de los criterios de cálculo y la integración de los topes máximos porcentuales en la configuración del tipo sancionador, para el Derecho español, ello no es así. El estándar de protección del derecho fundamental a la tipicidad sancionadora no es igual ni entre todos los países UE ni entre la misma UE y los Estados miembros. Es cada una de las jurisdicciones nacionales la que tiene libertad para fijar su nivel de protección y esta no es una cuestión para el Derecho europeo³².

Ello será especialmente relevante en vista a la necesidad de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea, cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de aquellas y de los arts. 101 y 102 del TFUE. De otro modo, existirán dos aplicaciones distintas del marco sancionador según su fundamento legal.

mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores” incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras. 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 debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el art. 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 10 por 100 del volumen de ventas de la empresa infractora (art. 10, apdo. 1). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del “principio de proporcionalidad” en el art. 131.2 de la Ley 30/1992. A partir de estas consideraciones, estimamos que los apartados 1 y 2 del art. 10 no son susceptibles del reproche de inconstitucionalidad que la parte recurrente pretende. Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de este, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la “importancia” de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio art. 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del TDC que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso».

³² Excepto, claro está, que el mayor estándar nacional impida la aplicación del Derecho de la Unión. Véase STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*.

A juicio de la sentencia, «la premisa de la que parte el abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto. Basta para ello recordar que la propia Comisión Europea admite cómo la legislación de la Unión Europea en esta materia no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los arts. 101 y 102 del TFUE, pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los arts. 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que —hasta este momento— no son objeto de una regulación armonizada.

Estas afirmaciones responden, por lo demás, a la interpretación consolidada del art. 5 del Reglamento 1/2003 que ha hecho suya en reiteradas ocasiones la propia Comisión Europea. Por no citar sino uno de los últimos documentos emanados de esta institución, puede leerse en su Comunicación de 2014 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) núm. 1/2003: logros y perspectivas futuras»³³ cómo, en palabras de la propia Comisión, «[...] la legislación de la UE no regula ni armoniza las sanciones por incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE», afirmación categórica seguida del recordatorio a los Estados miembros para que «velen por que se disponga de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».

Tampoco está vinculado el legislador nacional —y, en esa misma medida, el intérprete de las normas internas— por los «métodos de cálculo» diseñados en las «Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Re-

³³ COM/2014/0453 final. Hecho en Bruselas el 9 de julio de 2014.

glamento (CE) núm. 1/2003» respecto de las cuales (más propiamente, de sus antecesoras de 1998) ha afirmado el Tribunal de Justicia que «[...] no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del art. 290 TFUE, apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el art. 23 del Reglamento núm. 1/2003» (apdo. 66 de la STJUE de 18 de julio de 2013, asunto *Schindler Holding C-501/11*)³⁴.

Otra cosa es que el legislador nacional, dentro de su legítimo margen de configuración normativa, hubiera decidido adoptar, de modo expreso y reconocido, las mismas pautas de fijación de las sanciones nacionales que figuran, en términos muy elementales, en el art. 23 del Reglamento 1/2003 (sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad que ello pudiera suponer, a los que inmediatamente nos referiremos). Pese a que en la exposición de motivos de la Ley 15/2007, y con referencia a su Título V, existe una alusión a las «tendencias actuales en el ámbito europeo», lo cierto es que la dicción del art. 63 de la Ley 15/2007 diverge sensiblemente del art. 23 del Reglamento 1/2003, hasta el punto de que se implanta en aquel la tipología diferenciada de las diversas infracciones (muy graves, graves o leves) y se asigna a cada una de ellas los intervalos correspondientes en términos de porcentajes del volumen de ventas total de los infractores.

La técnica nacional de determinación de multas aparejadas a cada tipo de infracción se aparta, pues, del sistema unitario con que trata las infracciones el art. 23 del Reglamento 1/2003, precepto que no distingue entre ellas e introduce un solo elemento o factor cuantitativo (el porcentaje del 10 por 100) indistintamente aplicable a todas con la ya dicha función de salvaguarda final ante efectos punitivos en exceso gravosos. Precisamente porque aquel porcentaje es conceptuado desde la perspectiva del Reglamento 1/2003 como «umbral de nivelación» ulterior para modular la incidencia negativa de las multas, una vez calculadas, sobre la economía de las empresas infractoras y evitar su desaparición, no resulta aplicable al sistema diseñado por la Ley 15/2007.

d) *Reinterpretación del concepto «volumen de negocios total» y la función disuasoria de las sanciones a las conductas anticompetenciales (FFJJ 8.º y 9.º)*

La sentencia avanza a continuación con el análisis de la expresión «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa», base sobre la que aplicar los porcentajes de «*fine capping ceiling*» del art. 63 LDC. La Sala de instancia se planteaba, como hemos visto de manera algo forzada, lo que para ella suponía un problema interpretativo consistente en «determinar si el volu-

³⁴ Hemos tratado el tema más detalladamente en C. PADROS REIG, «Los poderes normativos de las autoridades de defensa de la competencia», en J. M.ª BENEYTO y J. MAILLO (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters-Aranzadi, ISBN 978-84-9059-593-4, 2015.

men de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora» (según el tenor literal de la disposición) o si por el contrario, había que aplicar también los principios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y «ámbito de vulneración» que se utilizan para la operación e cálculo de importe básico. De manera algo sorprendente, la SAN concluía que «[...] el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción». Esta era, pues, una limitación de enorme trascendencia y efecto práctico.

Según el TS: «Aun reconociendo que la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable, nuestra interpretación del art. 63.1 de la Ley 15/2007 está más en la línea del voto discrepante, que hace suya el abogado del Estado como base de esta segunda parte del recurso de casación. Ello determinará su estimación, limitada a este punto, y la subsiguiente revocación de la sentencia con ese mismo alcance [...].

El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular *a priori* la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él.

Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el “volumen de negocios” sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o “total”, bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. De hecho, en algún precedente significativo el propio legislador cambió la norma sectorial sancionadora para pasar, intencionadamente, de uno a otro [nuevo art. 56.1.a) de la Ley 32/2003 LGT al respecto de la anterior Ley 11/1998 LGTel].

La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el art. 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del art. 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios

de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan solo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el Derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.

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

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

En definitiva, todo lo razonado por el Tribunal Supremo desemboca en una estimación parcial del recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado. Se revoca la sentencia de instancia pero solamente en lo que se considera una interpretación reductora que la AN había hecho de la expresión «volumen total de negocios» inserta en el art. 63.1 de la Ley 15/2007, limitación que se traslada al fallo. En otras palabras, procede el mantenimiento del fallo de instancia en cuanto ordena a la Comisión Nacional de Competencia (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que imponga de nuevo la sanción pecuniaria «en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados» (ello implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones) si bien el nuevo cálculo ya no contará como límite el volumen de negocios del mercado afectado sino el volumen de negocios total de la empresa³⁵.

³⁵ La misma línea se ha mantenido en las SSTs de 30 de enero de 2015 (recs. 1476/2013 y 1580/2013) y en la de 5 de febrero de 2015 (rec. 1567/2014). La jurisprudencia europea va en la

6. EFECTOS Y CONSECUENCIAS

A. ¿EXISTE REALMENTE UN PROBLEMA INSUPERABLE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA?

Comenzaremos por subrayar que uno de los elementos nucleares de la discusión, es decir la inadecuación del sistema sancionador de la LDC al ordenamiento constitucional no se analiza en realidad con la suficiente profundidad. Es cierto que la literalidad del art. 64 LDC —aisladamente considerado— conferiría una enorme discrecionalidad administrativa a las autoridades de competencia. Pero ello no necesariamente ha de vulnerar el principio de tipicidad y *lex certa* recogido en nuestra doctrina constitucional.

En la interpretación de las normas legales, cuando estas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar —salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad— los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de «totalidad». La utilización de una magnitud como el «volumen de negocios» para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción) (FJ 8.º).

Cualquier operador jurídico debe acudir a la regulación conjunta de la cuestión sancionadora que, a nuestro juicio, incluye tres elementos: *a*) la tipificación en sí misma (art. 62 LDC); *b*) la graduación de la sanción (art. 64 LDC), y *c*) la imposición de un tope sancionador máximo (art. 63 LDC). La tipificación de las conductas se produce en el art. 62 que nada cuestiona. No hay por tanto un problema de tipicidad de la norma (STC 10/2015, de 2 de febrero) ni de falta de taxatividad (STC 116/1993).

misma dirección al permitir la superación del mercado geográfico de la UE en la determinación del volumen de ventas (pantallas LCD ensambladas fuera del territorio comunitario). Véase STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-231/14 *P. Pantallas LCD*.

Efectivamente, en cuanto a la tipicidad, determina el art. 62.4: «Son infracciones muy graves: el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el art. 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales». Por tanto, por voluntad del legislador, un cártel siempre constituirá una infracción de las calificadas como muy graves. El problema está en ajustar la individualización de la sanción a dos parámetros: la gravedad de la conducta por su perjuicio y efectos; la capacidad económica del infractor. Y ello no supone un problema de *lex certa* sino de modulación de las sanciones.

Efectivamente, según razona la reciente STC 10/2015, de 2 de febrero: «El derecho a la legalidad sancionadora “comprende una doble garantía”. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (entre muchas, STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.º). En relación con la vertiente material de este derecho, hemos puesto de relieve que «la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta», pero en modo alguno cabe encomendar por entero tal correspondencia a la discrecionalidad judicial o administrativa, «ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio» (STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 6.º). Consecuentemente, el art. 25.1 CE limita, no ya el ejercicio administrativo de la discrecionalidad, sino su atribución misma por parte del legislador. En particular, para el caso de leyes que remiten la calificación de las infracciones como leves, graves o muy graves a un órgano administrativo, hemos declarado: «La graduación de las sanciones o calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa» (STC 252/2006, de 25 de julio, FJ 4.º, que remite a la STC 100/2003, de 2 de julio) (FJ 3.º).

Lo mismo puede decirse de la muy didáctica STC 100/2003, de 2 de junio. En ese caso se enjuiciaba la Ley andaluza 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales protegidos y de la flora y la fauna. Según el literal de la sentencia: «El art. 39.1 LCEN, por remisión a las infrac-

ciones tipificadas en el artículo inmediatamente anterior, dispone: “1. Las citadas infracciones serán calificadas de leves, menos graves, graves y muy graves, atendiendo a su repercusión, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como a la irreversibilidad del daño o deterioro producido en la calidad del recurso o del bien protegido”.

El precepto ahora reproducido remite a un momento posterior la calificación misma de las infracciones. Ahora bien, dicha remisión no es incondicionada toda vez que el legislador proporciona una serie de criterios, que él mismo ha ponderado en relación con las infracciones tipificadas en los apartados 1, 6 y 7 del art. 38 LCEN, respecto de las cuales impone la calificación como muy graves (art. 39.2). Ciertamente, al igual que sucediera en el caso enjuiciado en la STC 207/1990, de 17 de diciembre, también en esta ocasión los órganos administrativos que han intervenido en el procedimiento sancionador han “entendido manifiestamente que la graduación de la sanción ha de entenderse como una decisión singular, esto es, como una graduación *ad hoc* que en cada caso concreto lleva a cabo la misma autoridad que impone la sanción”, ignorándose con ello que la gradación de las sanciones o calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa. En consecuencia, la aplicación directa que los citados órganos administrativos han efectuado del precepto legal en cuestión ha infringido el art. 25.1 CE, lo que debe llevarnos a la estimación del presente recurso» (FJ 6.º).

Hay que reparar cómo los casos enjuiciados por el TC sobre el cumplimiento de las garantías constitucionales del art. 25.1 CE refieren a supuestos distintos. En la STC 10/2015, se trata de conferir a la Administración la capacidad para decidir sobre la gravedad de la conducta según criterios discrecionales a apreciar en un momento aplicativo posterior (riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, etc.). De igual modo, en la STC 116/1993, de 29 de marzo, la sanción de expulsión del inmigrante dependería de conceptos indeterminados tales como; «la forma de vida»; «la conducta que observe» o «las actividades que desarrolle» o en la STC 100/2003, la tipificación dependía de «el grado de malicia» o «la irreversibilidad del daño». Tanto el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como el preconstitucional Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España (hoy ya derogado), como la Ley andaluza, adolecían de un problema de taxatividad.

No así en cambio la LDC según hemos visto puesto que la dicción del art. 62.4.a) LDC es suficientemente precisa. La discrecionalidad no afecta a la tipicidad sino a la individualización de la sanción.

Más claramente, si cabe, aborda la cuestión la STC 175/2012, de 15 de octubre. Se trata de un recurso de amparo por la imposición de una sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. Al respecto, razona el Tribunal que: «No se discute si es concorde con el art. 25.1 CE que la Administración disponga de un margen de apreciación al aplicar la normativa sancionadora, lo cual está fuera de toda duda, sino si, como exige la vertiente material del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en aras de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, ese margen está suficientemente predeterminado en la norma, concretamente en cuanto a la correlación entre la infracción y la sanción. De otro lado, resulta claro que el art. 10.2 LDC establece una serie de criterios generales que vinculan a la Administración al decidir sobre la importancia de la infracción y correlativamente sobre la cuantía de la sanción, lo que supone que la actuación de la Administración no es enteramente libre sino sujeta a ciertos parámetros señalados en la ley. Ahora bien, distinta es la perspectiva de la garantía material de la legalidad sancionadora, donde lo que importa es si el destinatario de la norma puede predecir, a partir de la normativa sancionadora y con suficiente grado de certeza, la gravedad de la sanción que cabría imponérsele por la conducta que realizó.

Este Tribunal (en SSTC 207/1990, de 17 de diciembre; 100/2003, de 2 de junio; y 210/2005, de 18 de julio) se ha ocupado de esta cuestión en supuestos en que la norma aplicable condicionaba la decisión administrativa sobre la gravedad de la infracción y la correlativa importancia de la sanción a través del señalamiento de criterios generales conforme a los cuales graduar esta, pero, aun dividiendo las infracciones en categorías de gravedad, no establecía qué concretas conductas de las tipificadas habían de ser reputadas leves, cuáles graves y qué otras muy graves, de modo que la integración de cada conducta en cada una de esas categorías, aun cuando vinculada por criterios generales, se acordaba singularmente, caso por caso, por el órgano administrativo sancionador, considerando que este resultado abocaba a concluir que dicha norma no contenía una predeterminación constitucionalmente suficiente de la correspondencia entre infracciones y sanciones y, en consecuencia, que las sanciones impuestas a su amparo desconocían la vertiente material del principio de legalidad (art. 25 CE).

La configuración de la norma aplicable es distinta en este caso, pues resulta evidente que el art. 10 LDC no divide las infracciones que tipifica en categorías, lo que no significa, como de hecho pone de relieve el fiscal, que entre esas infracciones haya unas leves, otras graves y otras muy graves y que el legislador no las haya diferenciado a la hora de atribuirles su correspondiente sanción, sino que ha considerado conveniente atribuir a todas las clases de conductas que tipifica una misma gravedad, que solo diferirá por las circunstancias de hecho que rodeen a la comisión concreta de las mismas, las cuales tendrán su reflejo en la cuantificación de la multa por medio de la aplicación razonada de los criterios generales que dicho precepto enuncia. De acuerdo a esta interpretación, según la cual el art. 10 LDC tipifica una sola categoría de infracciones y una sola categoría de sanciones, no

apreciamos ningún déficit de predeterminación normativa en la correlación entre infracciones y sanciones pues esta es unívoca, procediendo por este motivo desestimar la primera de las alegaciones de la actora» (FJ 3.º).

En definitiva, si comparamos el art. 10 LDC 1989 y el art. 63 LDC 2007, resulta una similitud formidable. Lo único que puede distinguirlos es la inexistencia de un posterior artículo que prefigure el margen de discrecionalidad administrativa dentro de la tipicidad (pero no la tipicidad misma). Además, la aplicación estricta del principio de taxatividad, en los términos aquí vistos, no solo influiría notablemente sobre la política de defensa de la competencia sino que impactaría sobre la misma construcción de las sanciones cuya cuantificación se vincule a la capacidad económica del sujeto. Veamos algunos ejemplos ilustrativos en el Derecho administrativo sancionador español:

- En materia de auditoría de cuentas, el Texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, establece sanciones de multa de hasta el 10 por 100 de los honorarios facturados [art. 36.4.b)].
- En materia de mercado de valores, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que probablemente ha inspirado la propia LDC, se combina tanto el criterio de proporcionalidad de la sanción acorde al tipo de infracción como la limitación por razón de la capacidad económica del sujeto [art. 102.1.a)].
- La Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito [hoy derogada por la letra e) de la Disposición Derogatoria de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE de 27 de junio)], calculaba también el importe de las multas como un porcentaje de los recursos propios de la entidad.
- En materia de telecomunicaciones el art. 82.1.a) de la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones, fijaba como importe de la sanción pecuniaria para las infracciones muy graves «el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio». Dicho artículo fue derogado por la nueva Ley 32/2003, cuyo art. 56.1.a) precisamente modificó el cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, cifra sobre la que se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción, atendiendo desde entonces a los ingresos obtenidos por la entidad infractora tan solo «en la rama de actividad afectada».
- Finalmente, en materia de comercio, la Ley de ordenación del comercio minorista establecía en su redacción original del art. 69.2 que «la sanción no podrá suponer más del 5 por 100 de la facturación del comerciante afectado por la infracción en caso de infracciones leves, del 50 por 100 en el caso de infracciones graves y del volumen total del dicha facturación en el caso de infracciones muy graves». En la actualidad, el precepto presenta una redacción distinta: «Las sanciones se graduarán especialmente en función del

volumen de la facturación a la que afecte, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción, reincidencia y capacidad o solvencia económica de la empresa» (nuevo redactado introducido por el apdo. 12 del artículo único de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista).

Junto con ello, tampoco el ordenamiento en general desconoce la modulación del importe de las sanciones de acuerdo con la capacidad económica del sujeto ya que incluso en Derecho penal, la sustitución de las penas privativas de libertad por los días-multa se modula con la capacidad económica del sujeto de manera que el importe final dependerá del sujeto y no de la infracción misma (art. 50.4 CP). Lo mismo podemos decir en materia de Derechos y Libertades de los Extranjeros, la LOEX (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) dispone que «para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá en cuenta la capacidad económica...» (art. 55.4).

En definitiva, la constitucionalidad de la Ley 15/2007, debe analizarse sobre el conjunto de disposiciones que regulan las sanciones, es decir, sobre el art. 62, que establece la tipificación de conducta muy grave para los cárteles; sobre el art. 64 que establece los criterios (jurídicamente indeterminados), para la graduación de la sanción y sobre el art. 63 LDC que establece un tope máximo sancionador. Es cierto que si existiera solo el art. 64 LDC, podría cuestionarse el principio de determinación normativa de las consecuencias de una infracción por su carácter enormemente abierto. Pero ese artículo existe conjuntamente con el art. 63 LDC que limita la cuantificación. Considerar el art. 63 LDC como el establecimiento de un arco sancionador (constitucional) o como un tope de sanción máxima según la capacidad económica del sujeto (inconstitucional), parece una diferencia excesiva. Y si algo mucho más indeterminado ya se consideró constitucional (STC 175/2012, de 15 de octubre), no se adivinan las poderosas razones que llevan a la jurisdicción ordinaria a superar el criterio anterior. En caso de duda, y teniendo en cuenta que la nueva interpretación supone un apartamiento de la doctrina existente, tanto la AN como el TS hubieran podido recurrir al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad³⁶.

B. LA NUEVA CONSTRUCCIÓN DEL CÁLCULO DE LAS SANCIONES

La nueva jurisprudencia, tal y como se ha intentado exponer, parece provocar una analepsis normativa o lo que es lo mismo, una vuelta al pasado en cuanto al cálculo de las sanciones se refiere. No solo niega el valor normativo de las Comunicaciones de las autoridades de competencia (CNMC) sino que deconstruye la fórmula de cálculo de la LDC 2007 para

³⁶ Véase el razonamiento del magistrado D. Santiago Soldevila en su voto particular a la SAN de 21 de julio de 2014 (rec. 426/2012).

volver a la antigua fórmula de la Ley de 1989. De hecho, la situación posterior a enero de 2015 recupera la doctrina que ya estableció el TS en relación al art. 10 de la Ley 16/1989. Efectivamente, en la STS de 6 de marzo de 2003, el Tribunal afirma que: «La inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de este, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la “importancia” de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio art. 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso»³⁷. Lo chocante es, sin embargo, que lo que en 2012 era perfectamente constitucional no lo sea de ningún modo ahora en 2015.

Por ello, parece que la construcción que predica que la certeza (ex art. 25 CE) implica una determinación precisa en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo que permita graduar la sanción administrativa, resulta excesivamente rigorista. En base a esta interpretación se cierra el paso a la delegación reglamentaria (Comunicación CNMC) en la fijación de los criterios para abrir, en cambio, un espacio de mayor discrecionalidad administrativa. Efectivamente, desaparecidos los criterios de cuantificación de la sanción objetivamente fijados en la Comunicación, la CNMC gozará de una mayor discrecionalidad (y correspondientemente mayor protagonismo de la jurisdicción revisora)³⁸.

En resumen, la operación de cuantificación de las sanciones hasta 2013 se desdoblaba en una doble operación: primero el cálculo del importe básico y después la comprobación de si la cifra resultante de esa operación estaba dentro del límite máximo de la capacidad económica de la empresa (límite externo) Ahora, con la nueva interpretación el límite máximo no se convierte en externo sino que forma parte integrante de la operación de cálculo del importe básico. El límite se convierte pues en una horquilla que predetermina el resultado y dentro del cual puede moverse la Administración instructora (límite interno)³⁹. Hay que recordar además la consolidada doctrina que en ausencia de motivación, las sanciones se impondrán en su

³⁷ Sobre este deber reforzado de motivación cfr. STJUE de 18 de septiembre de 2003, *Volkswagen c. Comisión*, asunto C-338/00.

³⁸ Contrasta la situación española con la alemana, donde el *Bundeskartellamt* establece incluso en qué circunstancias se considerará que una multa no es acorde al —muy indeterminado— principio de proporcionalidad (multa entre dos y seis veces superior al beneficio ilícito obtenido)

³⁹ Son ejemplos de esta nueva aplicación los expedientes relativos a los fabricantes de papel y cartón ondulado (Expte. S/0469/13, Resolución de 18 de junio de 2015) o los anteriores: *Industrias Lácteas 2* (Expte. S/425/12); *Toyota* (Expte. S/0486/13), *Land Rover* (Expte. S/0487/13), *Hyundai* (S/0488/13), *Opel* (S/0489/13) y *Audi/Seat/Volkswagen* (Expte. S/0471/13).

grado mínimo. Este cambio, en principio, no tendría un impacto extraordinario tal y como ha quedado después del pronunciamiento del TS. Sí, por el contrario, era muy comprometedor de la eficacia de las sanciones si a ello se sumaba el cambio del tope máximo del volumen total de ventas al volumen total de ventas en el mercado afectado. La grave distorsión por todos apreciada, se situaba no tanto en la anulación de la metodología de cálculo como en la reinterpretación que la AN hizo del art. 63 LDC (cuestión que ahora revoca el TS en casación).

De nuevo, creemos que convendría diferenciar —como ya se hace por ejemplo en Derecho penal— la fase de imposición de la pena de su individualización. En una primera fase, se subsumen unos hechos presuntamente ilegales a la sanción prevista según la gravedad de los mismos. En esta fase se aplicarían los arts. 62 y 64 LDC con los parámetros establecidos y con notable discrecionalidad por parte de las autoridades de competencia. En una segunda fase, se individualiza la pena, es decir, se adaptan no los hechos a la sanción sino la sanción al sujeto. Ello produce indefectiblemente un resultado desigual según la desigual capacidad económica del sujeto. Pero la proporcionalidad que se reclama no puede nunca construirse sobre la segunda fase (individualización) sino sobre la primera. Si la finalidad de la norma es reprimir conductas contrarias a la Ley 15/2007, parece natural introducir algún mecanismo de discriminación según la capacidad del sujeto infractor (que no se encuentra en el art. 64) de manera que no resulte económicamente racional infringir la Ley y que las multas tengan un deseado efecto disuasorio sin comprometer la propia viabilidad de la empresa⁴⁰.

Se han puesto de relieve ciertas consecuencias «disfuncionales» de esta opción legislativa como serían, entre otras, el suponer un incentivo para la creación artificial de sociedades independientes, limitadas a un único ámbito de actividad, a fin de minimizar el riesgo de sanciones muy elevadas, o, desde la otra perspectiva, un obstáculo indirecto a la creación de grandes conglomerados empresariales que incluyan actividades diversificadas⁴¹.

⁴⁰ La propia STS acude al ejemplo del Derecho penal pero con un resultado distinto: «La existencia en nuestro ordenamiento de este tipo de límites ulteriores presupone que las respuestas sancionadoras han sido previamente determinadas, e individualizada la pena, conforme a las reglas legales y las exigencias constitucionales de taxatividad en el Derecho punitivo. Por poner un ejemplo fácilmente comprensible, las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de estos. Y solo después, en ciertos casos, la Ley fija un “límite máximo” excepcional, o cláusula de cierre, de “cumplimiento efectivo”, de modo que condenas válidamente impuestas, según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente “limitadas” (art. 76 del CP) a solo 40, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción».

⁴¹ Esta objeción, sin embargo, desaparecería con una correcta construcción de la llamada «*parent liability*» o la responsabilidad de la matriz sobre las filiales. Véase A. ESCUDERO, *Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones*, Paper presentado al IV seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2014 (inédito). Sobre el tema resulta interesante el reciente

Pero ni esta objeción ni otras similares que atienden más bien a razones de oportunidad o conveniencia, o a su incidencia en las decisiones de los agentes económicos, bastan para negar la validez de la opción del legislador.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el Derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento del cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse. «Una conclusión contraria carecería de sentido, pues si el sujeto infractor es la persona jurídica que comete la infracción, imponer la sanción teniendo en cuenta el volumen de ventas en el mercado afectado supone en la práctica “trocear” a dicha persona jurídica en tantos segmentos como en mercados opere. Un razonamiento de este tipo implica una concepción del mercado como un conjunto de compartimentos estancos, en los que la actividad desarrollada en uno de ellos parece no afectar al resto, y en el que una empresa, tomada en su conjunto, no se beneficiaría de las infracciones cometidas en uno de los segmentos en los que opere. Tal conclusión, por supuesto, no puede ser aceptada»⁴². De ahí, la revocación en casación de la doctrina de la AN.

C. DESAPODERAMIENTO DE LOS PODERES NORMATIVOS DE LA CNMC Y LLAMAMIENTO AL LEGISLADOR

No existe duda que uno de los efectos fundamentales de la nueva doctrina jurisprudencial es la relativa a la ordenación del sistema de fuentes. La concreción normativa del ámbito de discrecionalidad en materia sancionadora no puede realizarse por la misma autoridad administrativa que tiene encomendada la instrucción y resolución de los casos. Se trata, como indica el profesor MARCOS de una cuestión de legitimidad en la emanación de normas más que de una discrepancia en cuanto al resultado mismo de las sanciones o al respeto a los principios de proporcionalidad. Incluso si la Comunicación de 2006 recogiera el mismo criterio jurisprudencial defendido por los Tribunales, se consideraría inadecuado, puesto que perviviría el problema de legalidad sancionadora⁴³.

En palabras de la sentencia, «esta Sala ha declarado (por todas, véanse las Sentencias de 6 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005, recursos de casación 9710/1997 y 4777/2002, respectivamente) que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los

pronunciamiento de la STJUE de 5 de marzo de 2015, asuntos C-93/13 P y C-123/13 P (*mercado de caucho cloropreno*).

⁴² C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional antes las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014, p. 5.

⁴³ F. MARCOS, «Blowing hot and cold: the last Word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringement in Spain», *Working Paper IE Law School AJ8-220-1*, 2015, p. 15.

hechos se encuentra el de que “[...] la comisión de las infracciones anti-concurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el art. 10 de la Ley 16/1989 (tampoco explícitamente en la Ley 15/2007), puede entenderse implícito en las letras *a*), *c*) y *d*) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el 10 por 100 del volumen de ventas de la empresa infractora (art. 10, apdo. 1). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del ‘principio de proporcionalidad’ en el art. 131.2 de la Ley 30/1992”.

Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no solo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada, a los términos de la ecuación “beneficio esperado” menor al “coste de la sanción”, añada, decimos, el factor de la probabilidad en la detección de las conductas infractoras. En todo caso, con o sin este último factor, corresponde a la ley —y no a quien la ejecuta o la interpreta— establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico. Ello justifica que determinadas leyes prevean que el castigo pecuniario a las infracciones en ellas contempladas, cuando la sanción deba calcularse en función de los beneficios obtenidos con la conducta, se concrete en multas que oscilan desde el monto del beneficio al duplo, el triple u otros múltiplos de aquel» (FJ 9.º).

Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su Título V, dado que aquella no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.

Lo que en realidad se produce con esta construcción es un aumento de la capacidad revisora de la jurisdicción (lo que en parte iría en la misma línea del caso *KME Germany AG, KME France SAS y KME Italy SpA contra Comisión Europea* (STJUE de 8 de diciembre de 2011 asunto C-272/09). Esta misma capacidad, sin embargo, se obtendría en aplicación de la jurisprudencia *Holding Schindler* que permite la prevalencia de la revisión jurisdiccional sin desposeer la norma de todo efecto. En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.ª) de 18 de julio de 2013, caso C-501/11 *Schindler Holding*, tiene por objeto un recurso de casación contra una sentencia desestimatoria del Tribunal General que a su vez confirmó una Decisión de 21 de febrero de 2007 sobre reducción de las multas impuestas por la participación en un cártel. De toda la compleja sentencia nos interesa especialmente los argumentos relativos a la incompetencia de la Comisión

para aprobar las Directrices (apdos. 66 a 69) así como el incumplimiento de las Directrices de la propia Comisión el asunto (apdos. 155 a 161):

«En cualquier caso, las Directrices de 1998 no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del art. 290 TFUE, apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el art. 23 del Reglamento núm. 1/2003. Las Directrices de 1998 establecen una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Comisión no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato (véase la Sentencia de 18 de mayo de 2006, *Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión*, C-397/03 P, rec. p. I-4429, apdo. 91), y se limitan a describir el método de examen de la infracción adoptado por la Comisión y los criterios que esta se obliga a tener en cuenta para fijar el importe de la multa (véase la Sentencia *Chalkor/Comisión*, STJUE de 8 de diciembre de 2011, C-386/10 P, apdo. 60)».

De ello se deduce que la Comisión adoptó la Directrices dentro de su ámbito de competencia y que queda vinculada por las mismas. Las Directrices constituyen por ello un elemento favorable de claridad y objetividad. Al preguntarse sin embargo, sobre la vinculación de la revisión jurisdiccional de los casos, el Tribunal opina que:

«Interesa recordar que, al ejercer el control de legalidad de una decisión mediante la que se imponen multas por infracción de las normas sobre competencia, el juez de la Unión no puede apoyarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión, ni respecto a la elección de los elementos que se tuvieron en cuenta a la hora de aplicar los criterios mencionados en las Directrices de 1998, ni respecto a la evaluación de dichos elementos, para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho (Sentencia *Chalkor/Comisión*, antes citada, apdo. 62). Tal regla es aplicable asimismo cuando el juez verifica si la Comisión ha aplicado correctamente la Comunicación sobre la cooperación de 2002.

Si bien los principios enunciados por el Tribunal en los apartados 295 a 300 no se compadecen con esta jurisprudencia, es preciso no obstante examinar la forma en que el Tribunal ejerció su control en el presente asunto para verificar si quebrantó dichos principios. En efecto, como señaló el Abogado General en el punto 191 de sus conclusiones, lo que importa es el criterio que el Tribunal efectivamente aplicó para apreciar concretamente el valor añadido aportado por la cooperación de la empresa afectada con la Comisión».

De forma clara, pues, el debate no se sitúa en el carácter normativo o menos de las Directrices ni en el hecho de si estas son normas y si es posible una delegación normativa en autoridades administrativas independientes. La cuestión es mucho más utilitaria, es decir, si sirven a garantizar los derechos de las empresas (respuesta positiva) y si vinculan a la jurisdicción en su función revisora (respuesta negativa). De manera similar a como ocurre para las *US Antitrust Sentencing Guidelines*, con la Sentencia *United States c. Booker*, 543 US at 245 (2005), se devuelve el ámbito de discrecionalidad del que gozan los jueces al examinar casos de competencia. A

partir de ese momento, pues, los tribunales norteamericanos realizan un triple examen de la aplicabilidad de las *Sentencing Guidelines*: en primer lugar se examina el alcance de las mismas al caso; en segundo lugar, se examina si el apartarse de las mismas para el caso concreto resulta apropiado; y finalmente, si el resultado de esa desviación es proporcional (la llamada «*parsimony provision*»: «*sufficient, but no greater than necessary*») ⁴⁴.

En definitiva, la jurisprudencia de la AN y del TS no hace más que reivindicar su plena jurisdicción en la capacidad revisora ⁴⁵. El control judicial no puede resultar constreñido por las directrices emanadas de un organismo administrativo sino solo por la actividad soberana del legislador, aunque para ello se perjudique la seguridad jurídica y los logros en la limitación de la discrecionalidad administrativa. Más allá de mordaces críticas sobre la falta de competencia técnica y especialización de los órganos jurisdiccionales, convendría que las autoridades de competencia interiorizaran que la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende también sobre los organismos independientes.

D. DISONANCIA ENTRE DERECHO NACIONAL Y DUE EN UNA APLICACIÓN CONCURRENTE DE LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Se puede concordar que la Comisión europea no tiene la misma configuración institucional que las autoridades administrativas nacionales en materia de defensa de la competencia. Efectivamente, aunque ambas sean autoridades de competencia, la legitimidad y competencias de una y otra son bastante distantes. Podemos también estar de acuerdo en que la aplicación del Reglamento UE 1/2003 no implica siempre y en todo caso, un desplazamiento de las competencias de los ordenamientos nacionales en cuanto a la metodología de cálculo de las sanciones (actividad meramente aplicativa y por ello cubierta por la garantía del principio de autonomía institucional y procedimental). Queda igualmente claro que el ordenamiento nacional no queda desplazado por la primacía ni se coloca en una posición de jerarquía normativa respecto al Reglamento europeo. Pero la interrelación Derecho europeo-Derecho nacional no se agota solo en un entendimiento piramidal (norma superior-norma inferior) ⁴⁶.

Procede recordar que el art. 4.3 TUE (antiguo art. 5 TCEE) recoge el principio de cooperación leal, que exige a los miembros adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumpli-

⁴⁴ Con más detalle, cfr. C. PADROS REIG, «Los poderes normativos de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORUS, *La lucha contra los cárteles en España*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

⁴⁵ Se hace buena con ello el brocardo «*Est boni iudicis ampliari jurisdictionem*».

⁴⁶ Hay que concordar en este punto con la apreciación del magistrado D. Santiago Soldevila en su voto particular a la SAN de 21 de julio de 2014 cuando afirma que «la distinta naturaleza jurídica de la Comisión Europea y la CNC, no tiene la importancia que la sentencia le confiere. Sin duda, su régimen jurídico y estatuto son distintos, pero ambas son, en lo que a este caso afecta, organizaciones administrativas que imponen sanciones en materia de libre competencia [...]».

miento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las Instituciones». De esta disposición el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extraído la obligación de los Tribunales nacionales de proceder, siempre que sea posible, a una interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho comunitario (STJCE de 10 de abril de 1984, asunto *Von Kolson* C-14/83). La misma doctrina actualizada puede verse en el asunto *Melki* C-188/10 STJUE de 22 de junio de 2010, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que debe aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión».

Una idea muy parecida (principios de equivalencia y efectividad) se expresa por el magistrado Santiago Soldevila en la redacción de su voto particular a la SAN de 21 de julio de 2014: «Resulta pertinente en el presente caso la cita de la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto *T-Mobile* C-8/08, apartados 49 a 51 y las Conclusiones de 19 de febrero de 2009, de la Abogado General J. Kokott en el mismo asunto, apartados 81 y ss. Si bien en materia de procedimiento, que no de Derecho sustantivo, los Tribunales nacionales gozan de un margen de actuación, el mismo está sujeto a los principios de equivalencia y efectividad, y debe garantizarse, en todo caso, el efecto útil del art. 101 del TFUE. Llamo especialmente la atención sobre el apartado 85 de estas Conclusiones, asumido sin género de dudas por la sentencia en el examen de la segunda cuestión prejudicial planteada, en el que se califica de crucial la interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión, del art. 81 del Tratado CE, hoy, 101 TFUE. Una interpretación que omitiera el aspecto sancionador de este tipo de conductas, privaría de efecto útil a las mismas. [...] Por esta razón, debe interpretarse necesariamente por todos los órganos jurisdiccionales nacionales, en la forma que lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sus resoluciones, ya sean, tanto del Tribunal de Justicia, como del Tribunal General. Ambas jurisdicciones son llamadas por el art. 19 del TUE a garantizar, en nombre de la Institución en la que se integran, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el respeto del Derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados».

Como vemos, se trata de un principio parecido al que rige en nuestro Derecho constitucional respecto a la interpretación conforme de las leyes con la Constitución. Hay que buscar siempre la interpretación de las normas de tal modo que se permita la compatibilidad entre Derecho europeo y Derecho nacional. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado también que «si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional, impuesto de este modo por el Derecho comunitario, se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho nacional a la Directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome 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 la Directiva». No obstante, la obligación de interpretar el Derecho nacional de manera conforme al Derecho comunitario tiene su límite en el respeto de los principios generales del Derecho y, en particular, de los principios de seguridad jurídica y de no retroactividad, y excluye, en todo caso, la interpretación *contra legem* de la normativa nacional. La determinación de si una norma nacional puede o no ser interpretada, dentro de estos límites, de forma concurrente o conforme con la disposición de una norma de la Unión Europea, compete únicamente al juez nacional, ya que se trata de una cuestión de interpretación del Derecho nacional, y no de Derecho comunitario, en la que no puede entrar el Tribunal de Justicia.

La obligación de interpretación de las normas nacionales de forma conforme con el DUE tiene su fundamento, desde la perspectiva de las constituciones nacionales, en las cláusulas de integración a través de las cuales los Estados transfieren competencias a la Unión (el art. 93 CE). Mediante la adhesión a la Unión, todos los poderes y órganos constitucionales quedan vinculados por lo dispuesto en el art. 4.3 TUE. Esta vía facilita la relación y el acercamiento entre los dos ordenamientos, el nacional y el de la Unión Europea, permitiendo a los ordenamientos nacionales un ajuste menos traumático que el desplazamiento de la norma nacional por la de la Unión Europea sobre la base de su primacía. Implica, en el mismo sentido, una posición más constructiva que defensiva en el proceso de integración, y no menoscaba el papel de los Tribunales Constitucionales como intérpretes supremos de la Constitución.

Si se aplica lo anterior al asunto del cálculo del importe de las sanciones por incumplimiento del Derecho comunitario, resulta una clara disonancia entre la interpretación europea y la española. La justificación podría encontrarse en una mayor protección del principio de legalidad sancionador en nuestra Constitución (art. 25.1 CE), que en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. 49). Esta disfunción, si bien se permite en la relación entre ordenamiento comunitario y ordenamiento nacional, puede provocar serios problemas en caso de un hipotético pronunciamiento europeo que: *a)* convalidara el estándar de la Comisión y sus Directrices de 2006, y *b)* considerara que la normativa española impide el efectivo cumplimiento del Derecho de la UE.

Y es que junto con la interpretación conforme o armónica, las opciones de Derecho nacional deben garantizar el efecto útil de la normativa europea según la clásica doctrina Sentencia de 4 de diciembre de 1974, asunto *Van Duyn*: «Los Estados miembros deben elegir las formas y los medios más adecuados con objeto de asegurar el efecto útil de las directivas» (STJ de 8 de abril de 1976, asunto C-48/75), y «las meras prácticas administrativas, por su naturaleza susceptibles de ser modificadas por voluntad de las administraciones y desprovistas de una publicidad adecuada, no podrán ser consideradas como constitutivas de una ejecución válida de la obligación que incumbe a los Estados miembros...» (STJ de 15 de marzo de 1983, *Comisión c. Italia*, asunto C-145/82). La garantía del efecto útil, a nadie se

le escapa, comprende el nivel adecuado de las sanciones para garantizar la capacidad de disuasión a los infractores. Por tanto, en la medida que las opciones nacionales impidan el efecto útil del Derecho comunitario, debería procederse a su corrección.

De todo ello se desprende al final el nacimiento de una doble línea de sanciones dependiendo de la apreciación por parte de las autoridades nacionales de una vulneración del Derecho europeo. Así, si en un expediente la CNMC aprecia la infracción de los arts. 101 y 102 TFUE, podrá imponer la sanción de acuerdo con el Derecho europeo. De otro modo, se pondría en riesgo la aplicación uniforme del Derecho europeo en las distintas jurisdicciones, creando incluso paraísos de cumplimiento laxo. En cambio, si esa misma autoridad aplica las normas españolas, quedará fuera del margen de cobertura del Derecho UE y aplicará el método español según ha determinado la revisión jurisdiccional de los casos. La situación es, como poco, disfuncional. A largo plazo supone un arrinconamiento del Derecho español que quedará reducido a los casos menos relevantes.

Todo ello, en definitiva, tiene unas consecuencias mucho más profundas que simplemente predicar la no sumisión jerárquica del ordenamiento español al comunitario en materia de determinación de multas por conductas anticompetenciales.

E. NIVEL EFECTIVO DE DISUASIÓN COMO CRITERIO METAJURÍDICO

A pesar de lo que hemos expresado en el punto 6.2 anterior (escasa incidencia real de la nueva construcción jurídica), lo cierto es que al interpretar el art. 63 LDC como un arco sancionador y no como un límite externo se produce una presión a la baja en la fijación del *quantum* sancionador. O a la inversa, como destaca la sentencia, se elimina «el sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente solo a modo de correctivo el porcentaje del 10 por 100 del volumen de negocios». La internalización de los límites máximos hace que se parta de la posición inferior de la horquilla disponible (0 euros) para a partir de ahí construir el monto de la sanción.

A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los arts. 101 y 102 del TFUE, es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados por las autoridades nacionales de los Estados miembros⁴⁷. Así se explican los votos particulares a la doctrina de la AN expresados por varios de los magistrados de la Sala.

⁴⁷ «Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los arts. 63 y 64 de la Ley 15/2007, las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la competencia, por un lado, con las derivadas —y también insoslayables— del principio de proporcionalidad, por otro», STS de 29 de enero de 2015, FJ 9.º

A juicio de la STS, tal carácter disuasorio ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad. Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquellas⁴⁸. A nivel agregado, hay que constatar un fuerte incremento de los totales de la imposición de multas (periodo 2007-2013), así como de la cuantía media por expediente. Se habría pasado de cerca de 58 millones de euros en 2007 a 450 en 2013.

Y es precisamente este nivel «suficientemente disuasorio» lo que se discute. En varios estudios, la doctrina se esfuerza en determinar la multa correcta para garantizar la disuasión. Así, se correlacionan elementos distintos como los efectos perniciosos de la conducta anticompetitiva, la posibilidad de ser descubierto, los beneficios ilícitos obtenidos, etc., llegando a la conclusión unánime de que no hay una fórmula exacta.

Si se observa la controversia en relación a los máximos sancionadores en España, podrá comprobarse como raramente se aplican los límites previstos en el art. 63 LDC⁴⁹. Deberíamos encontrar un caso de una empresa pequeña que participara durante muchos años en un cártel multiproducto y aún así, difícilmente se llegaría al tope del 10 por 100 del VNT. En definitiva, pese al incremento agregado, España exhibe todavía un nivel moderado de multas a los cárteles y raramente hay que acudir al «*capping ceiling*».

El TS lanza también una velada crítica a las autoridades de competencia por hacer recaer sobre la revisión jurisdiccional de las sanciones todo el peso de la disminución de la efectividad. En realidad, la CNMC tiene también otros instrumentos de refuerzo de la efectividad que no utiliza: «No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el art. 63.2 de

⁴⁸ Sobre el nivel óptimo de sanción véase J. PADILLA y E. ZOIDO, «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias», en S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÓ, *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, 2008; J. GARCÍA-VERDUGO, *Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas*, WP CEU-Instituto Universitario de Estudios Europeos, Serie Política de la Competencia núm. 48/2015; S. MARCO COLINO, *En busca de una multa perfecta: el valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el Derecho español de la Competencia*, V Seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2014 (inédito).

⁴⁹ En la reciente resolución relativa a los fabricantes y distribuidores de automóviles (Expte. S/0482/13), la CNMC ha impuesto la que es la mayor multa de su historia (171 millones de euros) y pese a lo elevado de la cifra no constituye más que un 2 por 100 del volumen de negocio de las 21 empresas implicadas en el cártel.

la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

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

Ello concordaría con la opinión de MARCO, para quien, «el incremento de las sanciones impuestas responde no solo a factores objetivos relativamente ponderables, sino también a una decisión consciente de corregir una política que, en su fase incipiente, se quedaba muy lejos de ese canon de multa idónea. Y a juzgar por las más recientes investigaciones, parece que pese a la subida del costa de la actividad colusoria, esta sigue resultando lo suficientemente tentadora para que los cárteles sigan afectando a numerosas industrias. Por tanto, cabe plantearse la pertinencia de impulsar la imposición de otras sanciones por vías distintas a la administrativa para complementar el efecto disuasor de las multas. En este sentido, el resarcimiento de daños y perjuicios en las acciones civiles privadas parece perfilarse como una de las opciones más deseables, sin perjuicio de los posibles beneficios de la vía penal»⁵⁰.

F. EL IMPACTO EN EXPEDIENTES PENDIENTES DE FIRMEZA

El establecimiento por el TS de una interpretación definitiva sobre el sistema de cálculo de las multas tiene los efectos que hemos visto hasta

⁵⁰ S. MARCO COLINO, *En busca de una multa perfecta: el valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el Derecho español de la Competencia*, V seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2014, p. 28 (inédito).

ahora, centrados más en su impacto jurídico (ordenación de fuentes) que en su realidad cuantitativa. Dicho en otras palabras, se trata de recalcular las multas sin aplicar la Comunicación de 2009 y su metodología pero manteniendo un esquema similar. Ello permitirá revisar todos aquellos expedientes que estén pendientes de firmeza, pero no en cambio los firmes (o por consentidos o por disponer de sentencia firme).

A pesar de la SAN de 2013, la CNMC siguió aplicando su metodología a numerosos casos esperando la revocación de la doctrina por parte del TS, revocación que solo ha tenido lugar parcialmente. De este modo, como se ha demostrado, existen numerosos supuestos susceptibles de revisión⁵¹.

En realidad, el alcance del fallo judicial obliga a las autoridades de competencia a recalcular las multas que hayan sido cuestionadas e imponer una nueva cuantía conforme a Derecho. Al plantearse ahora el cálculo de las multas sin una guía metodológica y por tanto con una mayor discrecionalidad, podría existir la tentación de aumentar los importes (lo que serviría como un desincentivo para recurrir). El mismo TS se ha encargado de cerrar el paso a esta posibilidad mediante el fallo del caso del seguro decenal de daños de las edificaciones⁵². Efectivamente, en la reciente sentencia hecha pública en julio de 2015⁵³, se reconoce la existencia de un pacto entre las aseguradoras para fijar el precio de la póliza de seguro y se ordena el recalcular de la multa pero impidiendo una *reformatio in pejus*. Así, la nueva multa «no podrá superar el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución ni tampoco ser mayor que la impuesta en 2009». No cabe en fase de revisión modificar la calificación de los hechos ni tampoco puede producirse allí una revisión al alza de la multa.

Seguirá existiendo el problema de la doble línea sancionadora según se aprecie o no la infracción de los arts. 101 y 102 TFUE. En estos casos, la CNMC aplicará el Derecho europeo y sancionará de acuerdo con las directrices de la Comisión de 2006. No es descartable en el futuro que se inste pronunciamiento por parte de la jurisdicción europea sobre la compatibilidad del ordenamiento español con el comunitario, así como tampoco es descartable, vía recurso de amparo, acudir ante la jurisdicción constitucional para obtener un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del sistema español o de la doble línea que supone los casos mixtos europeos-nacionales. Nótese como la doble vía sancionadora (europea y nacional), puede provocar también que las conductas que sean sancionadas de acuerdo con el Derecho europeo presenten una duda de constitucionalidad pues la protección del Derecho español —tal y como la han construido nuestros tribunales— es mayor que la europea. La solución es, o bien extender la protección nacional también a los casos europeos (con quiebra del principio de aplicación uniforme de la política europea de competencia) o bien

⁵¹ Véase C. LILLO, *op. cit.*, Anexo 5.

⁵² Resolución CNMC de 12 de noviembre de 2009 (Expte. S/0037/08).

⁵³ Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2015 (rec. 483/2013).

equiparar el estándar español mediante su rebaja (solución de las STJUE de 22 de junio de 2010, asunto *Aziz Malki y Selim Abdelli*, C-188/10 y 189/10 y STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni* C-399/11).

La ingente tarea de revisión de las sanciones dará lugar al correspondiente alargamiento de los plazos y a la apertura de una nueva litigiosidad sobre los mismos asuntos. En definitiva, una gran complicación jurídica para unos efectos prácticos tendencialmente escasos. No nos parece posible, en cambio, la apertura extraordinaria de los casos firmes en base a una revisión extraordinaria de la jurisprudencia pues ello vulneraría el principio de cosa juzgada. Los fallos se limitan a devolver a la autoridad de competencia el caso para el recálculo del importe de la multa y puede ser perfectamente la misma cifra con una motivación distinta. Por ello, no existiría un supuesto perjuicio efectivo entre quien fue sancionado antes de 2013 y después.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLENDESALAZAR, R., y RINCÓN, A. (2013): «El cálculo de las multas por la CNC», en GUILLÉN CARAMÉS, J. (ed.), *Cuestiones actuales de procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Civitas.
- BENEYTO PÉREZ, J. M., y MAILLO GONZÁLEZ ORUS, J. (2005): *Tratado de Derecho de la Competencia*, Barcelona, Bosch.
- CACHAFEIRO, F. (2013-2014): «El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia», *Acta de Derecho Industrial*, vol. 34.
- CALVIÑO, N. (2007): «Public enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines», en EHLERMANN, C.-D., y ATANASIU, I., *Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford.
- CONNOR, J. M., y BOLOTOVA, Y. (2006): «Cartel overcharges: survey and meta-analysis», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24.
- CUERDO, M., y BRIONES, J. (2013): «Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J. (ed.), *Cuestiones actuales de procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Civitas.
- ESCUADERO, A. (2014): *Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones*, Paper presentado al IV Seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia (inédito).
- GARCÍA-VERDUGO, J. (2015): *Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas*, WP CEU-Instituto Universitario de Estudios Europeos, Serie Política de la Competencia núm. 48.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2012): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas.
- HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel.
- LILLO ÁLVAREZ, C. (2014): «La Audiencia Nacional antes las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15.

- LOZANO CUTANDA, B. (2010): *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel.
- MARCO COLINO, S. (2014): *En busca de una multa perfecta: el valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el Derecho español de la Competencia*, V Seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia (inérito).
- MARCOS, F. (2015): «Blowing hot and cold: the last Word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringement in Spain», *Working Paper IE Law School*, AJ8-220-1.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2012): «Artículo 63. Sanciones y Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones», en VVAA, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, pp. 989 y ss.
- MEDRANO, S. (2014): «La fijación de multas por infracciones de competencia: garantías, eficacia y crisis del sistema», en PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ, D., *El Derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber Amicorum dedicado a Santiago Martínez Lage*, Wolters Kluwer.
- MOTTA, M. (2008): «On Cartel deterrence and fines in the EU», *European Competition Law Review*, vol. 29, n. 4.
- NIETO, A. (2012): *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos.
- PADILLA, J., y ZOIDO, E. (2008): «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias», en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÓ, A., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino.
- PADROS REIG, C. (2013): «La presencia de la Administración Pública en cárteles privados: la regulación administrativo-colusoria», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32.
- (2015): «Los poderes normativos de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», en BENEYTO PÉREZ, J. M., y MAILLO GONZÁLEZ ORUS, J., *La lucha contra los cárteles en España*, Civitas-Thomson Reuters.
- PEDRAZ CALVO, M. (2004): «Algunas cuestiones relativas a la determinación del importe de las sanciones en defensa de la competencia», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 34.
- SÁNCHEZ, I. (2009): «La nueva comunicación de sanciones por infracciones de las normas de competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 10, julio-agosto.
- SOPEÑA BLANCO, V., y OTERO OTERO, H. (2014): «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?», *Anuario de la Competencia 2013*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons.
- TRAMOYERES, P., y MEDRANO, S. (2006): «¿Son inconstitucionales las normas sancionadoras de la Ley de Defensa de la Competencia? (reconsideración a la luz de la Sentencia 100/2003, del Tribunal Constitucional)», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 241.
- VIDE, A. (2008): «Artículo 63 y Artículo 64», en ODRIÓZOLA, M. (dir.), *Derecho Español de la Competencia*, Barcelona, Bosch.

