CAPÍTULO 17

PRESENTE Y FUTURO DE LA DISUASIÓN DE LOS CÁRTELES Y OTRAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ENJUICIANDO EL MÉTODO DE CÁLCULO DE MULTAS DE LA CNMC(1)

PEDRO CALLOL
Socio de Callol, Coca & Asociados

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE SANCIONES DE DERECHO DE LA COMPETENCIA. 3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO DE 2015. 3.1. *Contexto jurídico de la sts de 29 de enero de 2015. El principio de proporcionalidad.* 3.2. *Interpretación de los términos «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa» contenidos en el artículo 63.1 LDC.* 3.3. *La comunicación de multas de la CNMC y la (aparente) falta de competencia de la CNMC en la materia.* 4. POLÍTICA ACTUAL DE MULTAS Y FUTURO. 4.1. *Consideración inicial de la determinación de sanciones en ausencia de la comunicación de multas.* 4.2. *Práctica actual de la CNMC.* 4.3. *¿Una nueva comunicación de multas?.* 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las sanciones constituyen en todos los ordenamientos jurídicos una pieza fundamental de la política de competencia, por cuanto, en el plano administrativo(2), son la consecuencia punitiva de una infracción, que busca además desincentivar la comisión de conductas anticompetitivas por el infractor. Una de las grandes cuestiones objeto de estudio por la

(1) El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de sus autores y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

(2) En el plano civil la disuasión para los autores de prácticas anticompetitivas vendría de la mano de las acciones para el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas de dichas prácticas.

doctrina es cuál debe ser el tipo de sanción más eficaz para combatir los cárteles y otras prácticas dañinas. ¿Es la sanción pecuniaria la más eficaz, y en este caso se debe castigar sólo a las personas jurídicas o también a las personas físicas? ¿Serían más eficaces sanciones de tipo penal, como las penas de privación de libertad? Y dentro del ámbito de las sanciones puramente pecuniarias, ¿cuál debe ser el nivel o *quantum* óptimo de sanciones? (3).

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contiene una regulación de sanciones de carácter pecuniario, que se dirigen tanto a personas jurídicas (artículo 63.1 LDC) como físicas (artículo 63.2 LDC). El régimen sancionador de las personas jurídicas en la LDC se articula como un sistema que, en abstracto, pretende servir como instrumento de disuasión efectiva, previendo multas de hasta el 10 por ciento de la facturación de una empresa. Este nivel máximo de sanción se encuentra en línea con el Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado (**Reglamento 1/2003**). Esta similitud, sin embargo, no parece obedecer a nada que no sea la mera inspiración en un precedente legislativo cercano, ya que en materia punitiva por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) y autoridades de competencia autonómicas, como se verá, está claro que a fecha de hoy no existe obligación alguna de armonización procedente del Derecho comunitario.

La metodología para la cuantificación de sanciones por infracción del Derecho de la competencia fue fijada por la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) en su comunicación de multas en el año 2009 (**Comunicación de Multas**) (4). La Comunicación de Multas introducía una metodología que se inspiraba en la Comunicación de la Comisión Europea sobre esta misma materia (5), al contemplar los siguientes hitos para el cálculo de la sanción:

(1) Determinación de un «importe básico» de la sanción, fijado como un porcentaje del volumen de ventas de la empresa infractora en el mercado afectado por la infracción. El porcentaje concreto se situaba por la Comunicación de Multas entre el 10 y el 30 por ciento del volumen de ventas indicado, en función de la gravedad de la infracción y el posible efecto en

(3) Este tipo de discusiones son muy abundantes en la literatura, por todos, WOUTER P.J. Wils, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, World Competition Review, Vol. 29, n. 2, 2006.

(4) Comunicación de 9 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

(5) Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DOCE 2006, C210/2).

cascada del producto relacionado con la infracción; asimismo el importe básico aumentaba en función de la duración de la infracción.

(2) Determinación del «coeficiente de ajuste», consistente en el incremento o reducción del importe básico en función de la existencia de agravantes o atenuantes.

(3) En la determinación final de la multa había de tenerse en cuenta que *(i)* cuando fuera posible calcular el beneficio ilícito obtenido a consecuencia de la infracción, la sanción no debía quedar por debajo de este importe y; *(ii)* el importe final de la sanción resultante de la aplicación de los anteriores parámetros no debía en ningún caso superar los límites máximos del artículo 63 de la LDC.

La citada metodología para el cálculo de multas fue puesta en entredicho en revisión judicial de resoluciones de la CNMC ante la Audiencia Nacional (**AN**). La AN en una Sentencia sobre *Vinos de Jerez*(6), estableció la doctrina después seguida en otros asuntos, de que la sanción máxima del 10 por ciento del volumen de facturación para las infracciones muy graves debía referirse al volumen de ventas de la empresa en el ámbito de la actividad económica en que se ha producido la infracción. Esta doctrina tenía la consecuencia de que (sobre todo con la vista puesta en las empresas multiproducto) el importe máximo de las sanciones por infracción del Derecho de la competencia podía quedar muy reducido (respecto de lo que resultaría de tomar en cuenta la totalidad de las ventas de la empresa al margen de la naturaleza del producto), con la consiguiente disminución de la capacidad represora de la CNMC. Esta doctrina, como es obvio, fue contestada vigorosamente por la abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, en última instancia con consecuencias quizás poco previstas, a las que nos referiremos enseguida.

A continuación pasaremos a considerar cuál fue la reacción del Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de enero de 2015(7) seguida por otras en similar sentido(8) y cuál es, por tanto, la posición jurisprudencial actual en esta materia de la cuantificación de las sanciones; después trataremos de describir los parámetros de cálculo de multas empleados por la CNMC con posterioridad a las recientes Sentencias del Tribunal Supremo.

(6) Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, recurso 619/2010.

(7) Recurso de Casación n. 2872/2013.

(8) SSTS de 30 de enero de 2015, recursos 227/2015, 236/2015 y 237/2015. Más adelante ver SSTS de 2 de febrero de 2015, recurso 493/2015; 3 de febrero de 2015, recurso 2667/2015; 9 de febrero de 2015, recurso 1626/2015; 27 de febrero de 2015, recurso 958/2015; 3 de marzo de 2015, recurso 2673/2015; 8 de junio de 2015, recurso 4086/2015; 17 de junio de 2015, recurso 2072/2014; de 11 de septiembre de 2015, recurso 4701/2015; de 2 de octubre de 2015, recurso 4840/2015; de 30 de noviembre de 2015, recurso 368/2014.

2. COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE SANCIONES DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

La abogacía del Estado en sus alegaciones en los asuntos tanto ante la AN como ante el Tribunal Supremo utiliza la referencia al Derecho comunitario y a la Comunicación de multas de la Comisión Europea, citada, como autoridad legal para sostener la validez de la Comunicación de Multas. Estas argumentaciones por parte de la Abogacía del Estado, que han sido profusas en algunos de estos expedientes, carecen sin embargo de sustantividad. En efecto, si bien es evidente que el Reglamento 1/2003 sí exige, como no puede ser de otra forma, un elevado grado de coordinación y coherencia en materia de aplicación sustantiva del Derecho de la competencia (por ejemplo, artículos 3, 11 del Reglamento 1/2003), no sucede lo mismo en materia de sanciones, donde la competencia es específicamente nacional, como se desprende, por ejemplo, del artículo 5 del propio Reglamento 1/2003, en el que se indica con claridad como el ámbito sancionador queda dentro de la esfera de los Estados miembros, también cuando éstos aplican Derecho comunitario de la competencia (y por supuesto y con mayor razón cuando lo que se aplica es Derecho nacional de la competencia). La realidad legislativa viene a corroborar este principio, y solamente así se entiende que la LDC prevea, por ejemplo, sanciones a personas físicas por infracción del Derecho de la competencia (artículo 63.2 de la LDC) que no se encuentran previstas en ningún sitio en el Derecho comunitario; o que los plazos de prescripción del artículo 68 de la Ley LDC nada tengan que ver con los contenidos en el Reglamento 1/2003; o que, incluso, en algunos países como Reino Unido e Irlanda las infracciones de competencia puedan ser objeto de tipificación penal, sencillamente inexistente cuando la que sanciona es la Comisión Europea. Ello es expresión del principio constitucional comunitario de subsidiariedad, plasmado en los Tratados y en virtud del cual, si bien es necesaria la coordinación normativa y administrativa en materia de aplicación sustantiva del Derecho de la competencia, en materia de aplicación de sanciones esta homogeneidad ni es necesaria, ni es querida por los Tratados ni, además, encuentra acomodo alguno en la realidad legislativa de la Unión Europea y los Estados miembros.

La Sentencia en el asunto *Vinos de Jerez*, citada, ya venía a discutir la cuestión de la aplicabilidad del Derecho comunitario en materia de multas y ya la Audiencia Nacional en este punto decía que el Derecho comunitario no era aplicable. La Audiencia Nacional, si bien parte del principio de primacía del Derecho comunitario, acaba reconociendo, con referencia al citado artículo 5 del Reglamento 1/2003, que la imposición de multas sancionadoras por las autoridades nacionales de competencia es una cuestión de Derecho nacional. De ahí que *la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad*

consagrado en el artículo 25 de la Constitución (F. J. Octavo de la Sentencia de la AN en el asunto *Vinos de Jerez*, citado).

La STS de 29 de enero de 2015, comentada, también tuvo que atender a la cuestión de la aplicabilidad del Derecho comunitario al caso. Sobre este punto, en resumen, el TS establece que:

(a) El Reglamento 1/2003 no impone un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de competencia sino que, al contrario, los Estados Miembros tienen libertad para determinar sus propias sanciones para la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión Europea.

(b) La consecuencia inmediata de lo anterior es que las sanciones de las autoridades nacionales (como la CNMC) no tienen por qué adoptar ni los parámetros, ni los porcentajes, ni las nociones (entre ellas la de «volumen de negocios») que emplea el artículo 23 del Reglamento 1/2003 referido a las sanciones impuestas por la Comisión; ni tampoco, como es obvio, tiene la CNMC por qué seguir la metodología de cálculo derivada de las Directrices de la Comisión sobre el cálculo de multas, citada.

(c) Pese a las similitudes que puedan encontrarse entre la norma española y la europea en materia de sanciones por infracciones de competencia, lo cierto es que el Legislador nacional (habiendo podido hacerlo) no ha optado por adoptar el sistema comunitario de cálculo de multas. Prueba de ello es, por ejemplo, la existencia de una graduación de sanciones en función de la gravedad de la infracción en el artículo 63 de la LDC, graduación que no existe en el Reglamento 1/2003.

El esclarecimiento por el Tribunal Supremo de esta cuestión es relevante por cuanto los argumentos de Derecho comunitario, que en este debate fueron esgrimidos por la abogacía del Estado, quedan superados, al ser desterrado el Derecho comunitario de este debate por la STS comentada de enero de 2015. En consecuencia, la competencia para el establecimiento e imposición de sanciones corresponde a los Estados miembros en ausencia de legislación uniforme comunitaria ni armonización alguna, lo cual impide recurrir al Derecho comunitario como base o autoridad esencial para sostener las actuaciones de la CNMC en materia sancionadora.

No obstante lo anterior, es posible que el debate de la aplicación del Derecho comunitario a las sanciones impuestas por autoridades nacionales de Defensa de la Competencia se acabe reabriendo en una instancia superior al Tribunal Supremo. En efecto, el Consejo de Estado italiano, en un asunto proveniente de una sanción administrativa impuesta por la Autoridad Italiana de la Competencia(9), ha elevado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE referida a la compatibilidad de una sanción administrativa

(9) Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 11 de septiembre de 2015 – *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Albini & Pitigliani SpA*, asunto C-483/15 (DOCE 2015/C 381).

nacional en materia antitrust con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con el artículo 23.2(a) del Reglamento 1/2003. El asunto tenía como fondo una sanción de 8,4 millones de euros impuesta a la empresa Albini & Pitigliani, S.p.A por vulneración de la normativa de competencia. La cuestión recurrida en las sucesivas instancias nacionales contencioso-administrativas consistía en saber si la reducción de la multa por una circunstancia atenuante debía aplicarse sobre el importe base de la sanción o sobre la sanción final. El sistema de cálculo de la multa (como sucedía en España con la Comunicación de Multas de la CNMC) estaba basado en unas orientaciones de la Autoridad italiana directamente inspiradas en las Orientaciones de multas de la Comisión Europea. Lógicamente existe escasa información pública disponible sobre esta cuestión prejudicial. Pero en apariencia la misma versa sobre la cuestión decidida por nuestro Tribunal Supremo en el sentido de que la materia de sanciones por infracción del Derecho *antitrust* es de la competencia exclusiva de los Estados miembros. Si el Tribunal de Justicia de la UE decidiera en un sentido diferente al de nuestro Tribunal Supremo, entonces es posible que la jurisprudencia objeto de comentario quedara desfasada y debiera entenderse superada en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, con consecuencias difíciles de prever (pero que podrían implicar quizás un retorno a la Comunicación de Multas) y en las que quizás no merezca la pena detenerse ahora dado el carácter especulativo y futurible del asunto.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO DE 2015

Resuelta la cuestión atinente a la aplicación del Derecho comunitario en el sentido expuesto, pasa la Sentencia comentada a resolver las cuestiones de fondo planteadas.

3.1. CONTEXTO JURÍDICO DE LA STS DE 29 DE ENERO DE 2015. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Con carácter previo a abordar el fondo de la STS de 29 de enero de 2015, citada, es inevitable recordar el preponderante principio que ha de subyacer en toda actividad sancionadora, que no es otro que el principio de proporcionalidad, enunciado con carácter general en nuestro procedimiento administrativo en el artículo 131 de la Ley 20/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo.

El Tribunal Supremo ha concluido, en abundante jurisprudencia, que la discrecionalidad que se otorga a la Administración dentro de su potestad sancionadora, debe ser ejercitada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de conformidad a las circunstancias objetivas

del caso. En el ámbito específico de la revisión judicial de Resoluciones de las autoridades de competencia, la Audiencia Nacional(10) y el Tribunal Supremo(11) han puesto de manifiesto la importancia central de la aplicación del principio de proporcionalidad a las sanciones impuestas en ejercicio de la potestad sancionadora de las autoridades de Defensa de la Competencia. También el Consejo de la extinta CNC se refirió a la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio que debe orientar y limitar la discrecionalidad de que disfruta la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora (*vid.* por todos, Fundamento de Derecho Séptimo de la Resolución del Consejo de la CNC de 31 de marzo de 2008, en el Expediente *Estación Sur de Autobuses*, n.º 627/07). Apuntaba a estos efectos que la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector que esté afectado y, en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable al caso enjuiciado.

Así, por ejemplo, en la Sentencia citada de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2014 que versaba sobre el recurso presentado contra la Resolución de la CNC de 23 de febrero de 2012 en el expediente S/0244/10, *Navieras Baleares*, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso planteado por una de las entidades sancionadas, reduciendo finalmente la cuantía de la multa impuesta por la CNC en base a reducir el porcentaje de la cifra de negocios tenido en cuenta para sancionar. De los precedentes citados y otros muchos se desprende que una manifestación más del principio de proporcionalidad es que la Administración, en el uso de su potestad sancionadora, ha de individualizar la cuantía de la sanción impuesta a cada una de los infractores, de acuerdo con la conducta particular y las circunstancias de cada una de ellas.

Motivación, proporcionalidad e individualización de la sanción son principios y nociones fáciles de enunciar pero difíciles de trasladar a la práctica del caso concreto. Todas esas nociones, centrales en la STS comentada de 29 de enero de 2015, se encontraban ya presentes en la jurisprudencia, y el TS ha venido a reelaborarlas para su enjuiciamiento de la Comunicación de Multas.

3.2. INTERPRETACIÓN DE LOS TÉRMINOS «VOLUMEN DE NEGOCIOS TOTAL DE LA EMPRESA INFRACTORA EN EL EJERCICIO INMEDIATAMENTE ANTERIOR AL DE LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA» CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 63.1 LDC

En el sistema de la LDC, las sanciones se cuantifican como un porcentaje del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio

(10) Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2014, recurso 1171/2014.

(11) Por todas, STS de 4 de mayo de 2015, recurso 1857/2015.

inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, siendo ese porcentaje del 10% para las infracciones muy graves, del 5% para las graves y del 1% para las leves.

El debate se planteaba, en los términos ya anunciados en el apartado 1, anterior, en torno a la cuestión de si el volumen de negocios de referencia es el de la empresa o, en su caso, grupo de empresas al que pertenece la empresa sancionada, o si la referencia se limita a la facturación generada por la empresa sancionada en el ámbito o producto al que se refiere la conducta infractora. Se comprende enseguida que la cuestión es trascendental para el cálculo de la sanción, ya que en las empresas multiproducto la facturación global es superior a la facturación en el mercado afectado.

El TS realiza varias consideraciones de interés que tratamos de ordenar a continuación:

(1) Primero, bajo el Derecho nacional, la configuración de un porcentaje de facturación para fijar el máximo de la sanción es una técnica que permite ajustar la sanción a la *capacidad y situación económica del sujeto infractor*, y es conforme a nuestro Derecho constitucional. Sobre esta afirmación que realiza el Alto Tribunal, sin embargo, podría hacerse algún comentario en el sentido de que tener una elevada facturación puede tener poco que ver con la capacidad y situación económica del sujeto infractor. Una empresa que facture mucho dinero por sus ventas puede, no obstante, ser una empresa en pérdidas y por tanto con limitada capacidad económica si esa empresa tiene más gastos que ingresos. Por otra parte, existen actividades económicas que son mucho más rentables que otras. La distribución automovilística (concesionarios), por poner un ejemplo de un conjunto de resoluciones sancionadoras que han representado un volumen considerable del trabajo de la CNMC en los años 2014-2016 (y asunto sobre el que enseguida volveremos), es una actividad con un margen de beneficio realmente pequeño, por no decir ínfimo, que oscila entre las pérdidas y unos pocos decimales de margen de beneficio sobre la facturación. Hay muchos otros sectores de la economía que operan con márgenes financieros muy superiores y en los que una facturación muy inferior en términos absolutos, deja beneficios mucho mayores, con lo que la *capacidad y situación económica* de este segundo grupo de empresas, puede ser muy superior. ¿Es justo calcular el máximo de sanción en base a la facturación? La afirmación tajante del Tribunal Supremo en este punto no se encuentra, nos parece, suficientemente justificada si bien, en todo caso, la afirmación se encuentra respaldada por la redacción de la LDC (y podría estarlo por la normativa comunitaria correlativa, si bien la analogía con el Derecho comunitario en esta materia ha sido, como hemos visto, rechazada por el TS).

(2) Respecto a la cuestión medular de si «volumen de negocios» se refiere a la facturación total realizada por la empresa infractora en todos los mercados donde opera, o solamente en el mercado en que se produce la infracción, el TS deja claro que la referencia debe entenderse realizada a la facturación de la empresa en su conjunto, sin discriminar (en principio,

y con la matización que se realiza a continuación) entre las actividades económicas situadas en el ámbito de la infracción y las otras actividades. Frente al argumento *a contrario* en el sentido de que tal criterio introduciría incentivos para la segmentación de empresas multiproducto en empresas monoproducto a fin de reducir el riesgo *antitrust*, responde el TS que el argumento no encuentra reflejo en la redacción escogida por el Legislador.

Aunque el debate no parece ya que tenga mayor transcendencia práctica, la verdad es que el TS podría haber zanjado la cuestión de forma más clara indicando que, como es sabido, el concepto de empresa en el Derecho de la competencia se aleja de categorías jurídicas formales como las *fictio iuris* que son las sociedades; el concepto de empresa se encuentra más cercano a la realidad económica constituida por un conjunto de recursos productivos sujetos a una unidad de voluntad. De ahí que, los grupos de empresas, en la medida en que constituyen unidades de voluntad, se consideren genéricamente «empresas» a los efectos del Derecho de la competencia, sin importar lo más mínimo que existan en su seno diversas entidades con personalidad jurídica diferenciada(12). Se trata de una materia que no queremos abordar aquí pero parece claro que si una empresa hubiera decidido «escindirse» en varias sociedades a los efectos de reducir su riesgo pecuniario por infracción del Derecho de la competencia, la existencia de un control único por el empresario que tenga la propiedad común de todas las sociedades, permitiría construir con elevadísima probabilidad esa unidad de acción que llevaría a que estuviéramos en presencia de una sola «empresa». Por eso, el argumento que *a contrario* maneja el TS no parecía en todo caso de mucho calado y difícilmente podía oponerse a la interpretación que, finalmente, acoge el TS.

(3) El volumen de negocio de la empresa, sin discriminación entre el sector en el que se produce la infracción es el criterio determinante para el cálculo del importe máximo de la infracción, el TS considera que sí debe jugar un papel, cuál sea la cifra de negocios de la empresa infractora en el mercado en el que se realiza la infracción, frente a la cifra de negocios de dicha empresa en actividades relativas a mercados distintos a aquel en el que se produce la infracción (para dar más peso a la primera de las dos cifras, se entiende). Pero esa matización se producirá en el momento posterior de individualización de la sanción.

(4) En relación con el método de cálculo desplegado por la Comunicación de Multas, la STS estudiada considera que la CNMC no puede utilizar el porcentaje máximo del 10 por cien de la cifra de facturación como un «umbral de nivelación» que sirviera para *nivelar* la sanción en el caso de que, como resultado de la aplicación de la Comunicación de Multas, resultara una cifra superior al indicado 10 por ciento de la facturación de la em-

(12) En España, por todas, ver por ejemplo la SAP de Madrid de 23 de octubre de 2008, recurso 559/2007.

presa sancionada. Hacerlo así, para el TS, sería contrario a los principios de tipicidad y legalidad:

> *Un sistema que no fijase aquella escala y sólo contuviese una previsión para después atemperar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales* (F.J. Séptimo de la STS de 29 de enero de 2015, citada).

En este punto, el razonamiento del TS se asemeja al del Tribunal Supremo alemán, en su Sentencia de 2013 a la que nos referimos más adelante.

3.3. LA COMUNICACIÓN DE MULTAS DE LA CNMC Y LA (APARENTE) FALTA DE COMPETENCIA DE LA CNMC EN LA MATERIA

Lanza el TS en este punto una llamada de socorro al Legislador, para pedirle que clarifique, siendo el Legislador el competente para ello, los criterios requeridos para concretar o individualizar la sanción por parte de la autoridad administrativa. En efecto, en el F.J. Noveno de su Sentencia, el TS declara la dificultad de compatibilizar en un solo acto las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria con la proporcionalidad; y la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto, indicando el TS que:

> *Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la concurrencia, por un lado, con las derivadas –y también insoslayables– del principio de proporcionalidad, por otro. Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiable de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.*
>
> *[...]*
>
> *Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada a los términos de la ecuación «beneficio esperado» menor al «coste de la sanción», añada, decimos, el factor de la probabilidad de la detección de 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 esta área del ordenamiento jurídico.*

Es decir, que el TS fía a una reforma legal la precisión normativa de los criterios necesarios para el cálculo de sanciones por la CNMC y/o autoridades autonómicas de competencia. Una comunicación de multas así concebida solamente podría proceder del Legislador y, de ser así, tendría rango de Ley, y no sería ya una comunicación ni documento orientativo administrativo alguno, ni tan siquiera disposición administrativa.

Una primera lectura de la STS parece dejar escaso margen, por tanto, a la posibilidad de que CNMC publique una nueva Comunicación de Multas. En apoyo de la interpretación de la STS en el sentido indicado se puede aducir que, más de un año después y con los problemas de falta de claridad que subsisten en cuanto a los criterios para imponer multas, la CNMC no ha emitido una nueva Comunicación de Multas ni existen noticias de que vaya a hacerlo. Y esta no parece *a priori* una posición descabellada por parte de la CNMC: si la CNMC emitiera una nueva Comunicación y la misma fuera utilizada, como sería previsible, para la imposición de nuevas sanciones, es harto probable que esas nuevas sanciones y la propia Comunicación, fueran impugnadas en base a falta de competencia de la CNMC. Sin embargo, algunas voces se han alzado para defender que la CNMC estaría legitimada para emanar una nueva Comunicación de Multas debidamente fundamentada en la Ley(13).

Sin querer cuestionar la *auctoritas* de nuestro TS es posible que el TS pudiera haber tratado de ser un poco más constructivo en este punto. Como la propia STS de 29 de enero de 2015 comentada indica en los párrafos transcritos, el propósito de la Comunicación de Multas es elogiable: tratar de dar claridad o predictibilidad a la compleja labor de cuantificar las sanciones. Precisamente para tratar de preservar la claridad y predictibilidad, nociones que deben entenderse estrechamente ligadas a las exigencias de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de nuestra Constitución), el TS quizás no debería cerrar la posibilidad, ni siquiera debería aparentar una cierta hostilidad a la técnica administrativa consistente en emitir comunicaciones interpretativas del criterio administrativo.

Aunque la CNMC no puede ciertamente suplir al Legislador en el establecimiento de los niveles sancionadores que correspondan a las infracciones, nada impide a la CNMC explicitar por escrito en un documento cuál es el razonamiento empleado por la CNMC para individualizar las multas. Incluso estableciendo de forma expresa que ese razonamiento solamente vincularía a la CNMC, por una cuestión de confianza legítima, y siempre dejando abierta la posibilidad de control jurisdiccional de ese razonamiento por parte de los tribunales y de la Audiencia Nacional en primera instancia.

La discusión ya fue planteada en sede jurisdiccional ante la Audiencia Nacional invocando la Disposición Adicional Tercera de la LDC(14), que expresamente habilita a la CNMC a publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la LDC, concluyendo la Audiencia Nacional sobre este punto que *la CNC* [hoy CNMC] *en sus comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la* [LDC].

(13) A. Creus, en el seminario de la CNMC sobre multas en el Derecho de la competencia del pasado 10 de marzo de 2016.

(14) Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2014, recurso 1171/2014.

Por tanto, en los estrictos términos de *(i)* escrupulosa sujeción a la Ley y *(ii)* expresión cuidadosa de los criterios sancionadores de la CNMC en términos de autovinculación de la Administración Pública a efectos de respetar la confianza legítima, creemos que una nueva Comunicación de Multas no sólo no sería incompatible con la STS de 29 de enero de 2015 sino que, además, sería muy deseable y serviría para dar efectividad al valor constitucional de seguridad jurídica.

4. POLÍTICA ACTUAL DE MULTAS Y FUTURO

4.1. CONSIDERACIÓN INICIAL DE LA DETERMINACIÓN DE SANCIONES EN AUSENCIA DE LA COMUNICACIÓN DE MULTAS

En ausencia de la Comunicación de Multas, la CNMC se enfrenta a la nada desdeñable tarea de cuantificar las multas sin más sustento intelectual y formal que el de los criterios del artículo 64 LDC, valorados a la luz del principio de proporcionalidad y demás principios generales del Derecho administrativo sancionador.

La STS comentada parece sugerir en su F.J. Noveno que podría ser procedente una reforma de la LDC (*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*). Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no parece que sea necesaria modificación legislativa alguna. El TC ya decidió sobre este punto (en relación con la derogada Ley 16/1989 pero en términos cuya *ratio decidendi* parece en principio trasladable a la actual LDC): en la STC de 15 de octubre de 2012, recurso núm. 175/2012, se opuso la indeterminación del artículo 10 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, supuestamente incompatible con la aptitud de ese precepto para determinar con suficiente precisión los criterios de la sanción. El TS en la Sentencia recurrida en amparo había rechazado formular la cuestión de constitucionalidad en los siguientes términos:

> *Entendemos que los apartados primero y segundo 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 éste, 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.*

El TC, por su parte decidió que el hecho de que el sistema sancionador contenido en la Ley 16/1989, citada, no diferenciara en función de la gravedad de la conducta a la hora de imponer sanciones, no era problemático desde el punto de vista constitucional en la medida en que *se individualiza la sanción en función de las circunstancias de hecho que rodeen a la infracción, las cuales tendrán su reflejo en la cuantificación de la multa por medio de la aplicación de los criterios generales que dicho precepto* [el artículo 10 Ley 16/1989] *enuncia.* No aprecia el TC ningún *déficit de predeterminación normativa en la correlación entre infracciones y sanciones.* Parece que el TC no considera, por tanto, necesaria la intervención del Legislador en una Ley (la 16/1989, citada) que en este punto de la determinación de sanciones, era incluso más indeterminada o abierta que la actual LDC. Por tanto, tras la desaparición de la Comunicación de Multas como criterio de determinación de las sanciones se produce un regreso a una situación de menor predictibilidad como la existente en el marco de la STC de 15 de octubre de 2012, citada, en la que no hay incompatibilidad con la labor de individualización que a la Administración corresponde y en este sentido el espíritu de la jurisprudencia constitucional enunciada entendemos que sigue plenamente vigente. Cosa distinta es, como ya hemos examinado, que la situación en términos de predictibilidad, podría ser mejor.

4.2. PRÁCTICA ACTUAL DE LA CNMC

Desde la STS de 29 de enero de 2015 ha habido ya varias Resoluciones que han tenido que cuantificar importes de multas sin poder recurrir a la Comunicación de Multas. En la Resolución sobre el mercado de los Lácteos(15), la CNMC se refiere para el cálculo de la multa estrictamente a los criterios contenidos en el artículo 64 LDC.

La CNMC sopesa en primer lugar la «densidad antijurídica» de la conducta *en términos generales*, para lo que la CNMC tiene en cuenta los siguientes factores:

- Cuota de mercado de las empresas infractoras (en su conjunto, pues este primer tramo del análisis llevado a cabo por la CNMC para la determinación de la sanción es previo a la individualización en cada una de las empresas responsables). Merece mayor reproche un cártel del 100 por cien de los productores que del 30 por ciento.
- Características del mercado afectado (en el caso de la leche, tratarse de un producto básico).
- Duración de la conducta.
- Efectos de la conducta sobre los consumidores y sobre «otros operadores« (en el caso de la leche, por ejemplo, sobre los ganaderos, de los que se dice que son financieramente vulnerables y respecto

(15) Resolución de 26 de febrero de 2015, *Industrias Lácteas 2*, exp. S/0425/12.

de los que las prácticas censuradas en la Resolución sobre lácteos tienen especial impacto).

- Tiene en cuenta la CNMC el hecho de constatarse, o no constatarse, la existencia de un mecanismo formalizado de seguimiento o represalia de la conducta infractora.
- También se tiene en cuenta la intensidad de la infracción a lo largo del período de imputación (por ejemplo, el acuerdo de precios solamente se acredita durante parte del período total, tres de diez años, por el que se constata la infracción).

En función de estos factores, la CNMC sitúa el «el reproche sancionador» en el tramo alto, medio, o bajo, sin que a día de hoy esté completamente claro dónde se sitúa el tramo alto, medio o bajo.

En segundo lugar procede la CNMC a la *individualización de la sanción a cada empresa sancionada*, lo cual se hace teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- Circunstancias agravantes y atenuantes, si las hay.
- Dimensión de la empresa en el mercado afectado por la infracción.
- Duración de la participación de la empresa sancionada en la conducta.
- Ambos factores anteriores guardan relación con los beneficios ilícitos obtenidos así como con los daños causados a terceros.

Quizás el más problemático de los criterios sea el del beneficio ilícito obtenido. En las Resoluciones posteriores a la STS comentada se parte de un porcentaje medio indicativo del aumento que «en abstracto» provoca un cártel, situando la CNMC el incremento asumido en el precio a consecuencia de un cártel en el 10 por ciento. La CNMC se inspira en la práctica del *Bundeskartellamt*(16). Sin embargo esa asunción, que puede ser conservadora en ciertos mercados, difícilmente lo será en otros mercados que pueden operar con márgenes comerciales mucho más bajos. La CNMC parece querer salir al paso de esta crítica aduciendo que el 10 por ciento es una presunción de carácter general, *que puede usarse sin reparo por cuanto el beneficio ilícito estimado no es utilizado directamente para la determinación de la sanción, sino para modular la multa comparándola con ese beneficio ilícito estimado. Si la sanción es demasiado grande en comparación con el beneficio ilícito obtenido, procederá realizar un ajuste de la sanción para asegurar la proporcionalidad reclamada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.* Pese a tal aseveración, la CNMC no convence, pues si el beneficio ilícito realmente es inferior al 10 por ciento presumido, entonces podría ser necesario reducir la sanción más de lo que resultaría de utilizar esa cifra del 10 por ciento.

(16) Punto 2, nota 1 de las notas explicativas de las directrices para el cálculo de multas del *Bundeskartellamt* de 25 de junio de 2013.

En base a *(i)* la modulación de la densidad antijurídica de la infracción y *(ii)* la individualización de la misma, se llega a las cifras de sanciones individuales. Pero a la hora de individualizar, la CNMC realiza un salto en el vacío, deduciendo unas cifras de sanciones que, probablemente, responden a una operación mental realizada en respuesta a *(i)* y *(ii)*, pero que para el lector de la Resolución exige una suerte de acto de fe, a fin de confiar en que el cálculo final de la sanción es adecuado. La labor de la CNMC es, ciertamente, difícil, pero aunque el TS en la STS comentada de 29 de enero de 2015 no parece proclive, con los matices que se han descrito, a la elaboración por la CNMC de una nueva comunicación de multas, ello no eximiría a la CNMC de tratar de elaborar, al menos, un criterio aritmético que, a través de su uso repetido en las resoluciones sancionadoras, se convierta en una suerte de uso administrativo que confiera cierta seguridad a la labor de individualizar las sanciones. Tal y como se ha hecho, sin embargo, el sistema actual puede no tenerla suficiente transparencia como para permitir consagrar un uso o criterio administrativo con las debidas garantías de seguridad(17).

En efecto, como el TS ha declarado en el pasado, para que la resolución sancionadora se encuentre suficientemente motivada, ha de cumplirse una triple exigencia derivada de los derechos de motivación y congruencia, citando al propio TS:

(a) Exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador;

(b) Extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión.

(c) Y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas, que, en el supuesto enjuiciado, como hemos expuesto, se ha cumplido de forma rigurosa(18).

En los casos donde la CNMC ha tenido que reaccionar a resultas de la STS de 29 de enero de 2015, la situación descrita no ha mejorado. Las múltiples resoluciones citadas en relación con el mercado de los coches(19),

(17) En efecto, los órganos administrativos no pueden incurrir en una falta de motivación de sus resoluciones, motivación que constituye un derecho fundamental al amparo del artículo 24 de la Constitución. La Resolución debe explicitar el razonamiento para dejar claro al administrado que la sanción a la que se llega es el fruto de una aplicación razonada del ordenamiento jurídico, y no fruto de la pura arbitrariedad (por todas, SSTS 67/2007 de 27 de marzo; 44/2008 de 10 de marzo; 139/2009 de 15 de junio; 160/2009 de 29 de junio).

(18) Por todas SSTS de 30 de septiembre de 2009, 1435/2008 y de 28 de junio de 2013, 3505/2013.

(19) Resolución de 12 de junio de 2014, *General Motors España S.L.U*, exp. S/0457/13; Resolución de 5 de marzo de 2015, *Concesionarios Toyota*, exp. S/0486/13; Resolución de 5 de marzo de 2015, *Concesionarios Land Rover*, exp. S/0487/13; Resolución de 5 de marzo de 2015, *Concesionarios Hyundai*, exp. S/0488/13; Resolución de 5 de marzo de 2015, *Concesio-*

por ejemplo, siguen el precedente descrito del sector lácteo y también se apuntan a la arbitraria referencia a que los beneficios ilícitos derivados de un cártel son del 10 por ciento, sin realizar ningún esfuerzo por cuantificar de manera individualizada, no ya en función de la empresa individual a la que se pretende sancionar, sino tampoco en función del sector (siendo notorio que el sector de la distribución automovilística, por ejemplo, opera con márgenes de rentabilidad y beneficio que son, en ocasiones, ínfimos).

4.3. ¿UNA NUEVA COMUNICACIÓN DE MULTAS?

La Autoridad alemana de competencia, el Bundeskartellamt, publicó en 2006 una Comunicación de Multas fundamentalmente basada en la Comunicación de la Comisión Europea sobre multas. A diferencia de lo que ha sucedido en el ámbito comunitario, sin embargo, el Tribunal Supremo alemán ha decidido (en Sentencia de 26 de febrero de 2013), que la Comunicación de Multas alemana era ilegal en la medida en que, en los pasos intermedios para el cálculo de la multa, se podía exceder del 10 por ciento de máximo establecido por la ley alemana para el cálculo de multas (incluso aunque la cifra resultante se rebajara hasta quedar por debajo del 10 por ciento máximo de multa). Como consecuencia de la Sentencia citada, el *Bundeskartellamt* emitió una nueva Comunicación de Multas el 25 de junio de 2013.

La nueva Comunicación de Multas alemana establece un sistema de cálculo en los siguientes pasos, de manera resumida:

(a) Determinación del rango de la sanción. El rango máximo nunca puede exceder del 10 por ciento de la facturación. La cantidad es modulada en función del volumen global de facturación del grupo (lo que el *Bundeskartellamt* viene a denominar el nivel de sensibilidad a la multa individual de cada empresa); y también se tiene en cuenta la facturación atinente al producto relacionado con la infracción. También se toma en cuenta en esta determinación el beneficio ilícito (entrando aquí la presunción del 10 por ciento de las ventas realizadas en el marco del cártel como beneficio ilícito).

(b) Para determinar el importe final de la sanción se tienen en cuenta las agravantes y atenuantes. Estos incluyen la naturaleza o importancia de los productos objeto de la práctica anticompetitiva y el grado de organización del cártel, por ejemplo; factores subjetivos incluyen el rol de la empresa sancionada en el cártel, su posición de mercado, su grado de intencionalidad y la reincidencia.

En España, una primera lectura de la STS de 29 de enero de 2015 parecería oponerse a la emisión de una nueva Comunicación de Multas. No obstante, nuestra conclusión parcial sobre este punto es que la CNMC sí podría seguir la estela del *Bundeskartellamt*, realizando una nueva Comunicación de Multas en los términos y bajo las limitaciones comentadas más

narios Opel, exp. S/0489/13; Resolución de 28 de mayo de 2015, *Concesionarios Audi/Seat/VW*, exp. S/0471/13.

arriba y, subsidiariamente, elaborando un criterio transparente y comprensible en sus resoluciones que pueda dotar a los operadores de seguridad en base a la repetición sistemática en el tiempo.

5. CONCLUSIÓN

En el estado actual del Derecho, las sanciones por infracciones de Derecho de la competencia impuestas por las autoridades nacionales deben imponerse siguiendo las leyes nacionales, sin que el Derecho comunitario juegue a estos efectos en términos de primacía ni siquiera, a tenor de la jurisprudencia del TS, como ordenamiento jurídico de autoridad vinculante o relevante, al tratarse de órdenes distintos y, en esta materia, independientes. A fecha de edición de este artículo no parece haberse alcanzado una resolución satisfactoria en relación con la cuestión del cálculo de las sanciones aplicadas por las autoridades nacionales de competencia, cuestión tan trascendental para la seguridad jurídica y para la propia existencia de una adecuada política de competencia. Más bien al contrario, la pérdida de la Comunicación de Multas no ha sido suplida y las resoluciones de la CNMC posteriores a la STS de 29 de enero de 2015 contienen algunas lagunas en sus razonamientos relativos al cálculo de las multas. Estas lagunas no contribuyen a apuntalar la seguridad jurídica en un área que, sin duda, es compleja. Por ello, no parece difícil predecir que las resoluciones sancionadoras de la CNMC y las autoridades autonómicas de competencia posteriores a la STS de 29 de enero de 2015 serán recurridas obligando a los tribunales a arbitrar, de nuevo, en materia de cuantificación de multas.

Sorteando con delicadeza las limitaciones de la Administración, aplicando la Ley, y respetando las consideraciones de la STS de 29 de enero de 2015 y jurisprudencia concordante, parece conveniente y acorde con las exigencias de la seguridad jurídica la emisión por la CNMC de una nueva comunicación de multas que arroje claridad a una cuestión oscura. Subsidiariamente, la CNMC podría tratar de dar seguridad a los operadores mediante la utilización en sus resoluciones sancionadoras de un criterio sólido, transparente y consistente que, repetido en el tiempo, confiera seguridad jurídica a los operadores económicos. Adicionalmente, algo que la CNMC debería hacer en el marco del procedimiento administrativo sancionador, sería anunciar en las propuestas de resolución previas a la imposición de sanciones cuál va a ser el *quantum* de la sanción que se pretende aplicar al receptor de la propuesta de resolución. La propuesta de resolución representa un estadio lo suficientemente avanzado de la tramitación de un expediente de competencia como para permitir a la CNMC (y autoridades regionales) exponer en detalle los criterios para dicha cuantificación. Y hacerlo, permitirá al administrado ejercitar su derecho de audiencia en el marco del expediente administrativo en una materia particularmente sensible, todo lo cual tiene que encontrarse en línea con las exigencias de nuestro sistema constitucional.