

LAS MULTAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA



Autora

Yesica Alejandra Ríos Villada

Tutora

Carmen Herrero Suarez

Grado en Derecho

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

2016/2017

ÍNDICE

1. PANORÁMICA	4
2. SANCIONES	11
2.1. Regulación general	11
2.1.1. <i>Normativa aplicable y órganos competentes</i>	11
2.1.2. <i>Sujetos sancionables</i>	14
2.1.3. <i>Requisito de culpabilidad</i>	16
2.1.4. <i>Importe de las sanciones</i>	17
2.2. El procedimiento sancionador actual y sus garantías	18
2.3. Cálculo de las multas	24
2.3.1. <i>Criterios generales para la imposición de las sanciones</i>	27
2.3.2. <i>Reglas de reducción del importe de la multa</i>	34
2.3.3. <i>Multas coercitivas</i>	36
2.3.4. <i>Condiciones de la prescripción de las infracciones y de las sanciones</i>	38
2.3.5. <i>Publicidad de las sanciones</i>	41
2.3.6. <i>Exención del pago de la multa: sistema de clemencia</i>	43
2. PRÁCTICA: MULTAS EN ESPAÑA	48
2.1. En la CNMC	48
2.2. Posición del TS	55
2.3. Visión de futuro de las sanciones antitrust en España	600
3. CONCLUSIONES	62
4. BIBLIOGRAFÍA	65
5. ANEXOS	711

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

CE	Constitución Española.
LDC	Ley de Defensa de la Competencia.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.
TS	Tribunal Supremo.
AN	Audiencia Nacional.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia.
RCNC	Resolución de la Comisión Nacional de Competencia.
RCNMC	Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.
RTDC	Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Págs.	Páginas.
Ley 15/2007	Ley de Defensa de la Competencia.
Reglamento	Reglamento de Defensa de la Competencia.

RESUMEN

El Derecho de la competencia español se rige por el principio de libertad de empresa en el mercado y tiene como objetivo promover una competencia justa. Para alcanzar este objetivo, dicha libertad está sujeta a una serie de restricciones o limitaciones, cuyo incumplimiento genera la imposición de sanciones. En esta línea, las multas se configuran como el principal mecanismo que las Autoridades de la competencia tienen a su disposición para hacer efectivo dicho Derecho.

Por ello, se atiende a la regulación actual de las multas, a los aspectos que han sido objeto de modificación desde la perspectiva de la jurisprudencia y a una visión de futuro de las sanciones del Derecho de la competencia español.

ABSTRACT

The right the Spanish competition governed by the freedom principle of the company in the market and it has goal to promote a fair competition. To reach this goal, such freedom is subject to a series of restrictions and limitations, whose breach generates the imposition of sanctions. In this line, the fines are configured like the principal mechanism of the authority of the competition has in their hands to make effective this right.

This is why the current regulation of de fines, to the aspects that has been object of modification from the perspective of the jurisprudence and a vision of the future sanctions of the rights of the Spanish competition.

Palabras clave	Key Words
Defensa de la competencia, conductas prohibidas, Sanciones, Multas, Nueva regulación (LDC 15/2007, de junio), Tribunal Supremo (STC 29 de enero de 2015), Jurisprudencia, Proporcionalidad.	Competition law, Prohibited behaviors, Sanctions, Fines, New regulation, Supreme Court, Jurisprudence, Proportionality.

1. PANORÁMICA

La libre competencia en los mercados es una de las principales manifestaciones del ejercicio de la libertad de empresa. La constitución nos reconoce en su artículo 38 el derecho a acceder al mercado como empresarios y el derecho a competir en el mismo ofreciendo bienes y servicios en las condiciones y de la manera que cada uno estime conveniente para atraer a los consumidores¹. Dicha competencia no se establece sólo en beneficio de los empresarios, sino también en beneficio del interés general. Por ello, tanto en el plano nacional como en el comunitario, los poderes públicos han adoptado medidas para que los competidores no puedan limitar la competencia en su propio beneficio. Nos encontramos, por un lado, con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia² (LDC en adelante), de aplicación cuando la limitación de la competencia afecta sólo al mercado español; y, por otro, con la normativa comunitaria establecida en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y su normativa derivada, de aplicación cuando la limitación de la competencia es de tal entidad que afecta al mercado europeo.

En España, el papel que asume el Derecho de la competencia es promover la competencia entre empresas y el fomento de la calidad de bienes y servicios, garantizando una estructura de mercado eficiente. Para ello, se arbitran una serie de limitaciones o restricciones a la libre competencia que se recogen en la LDC, la cual prohíbe los acuerdos que limitan la competencia entre las empresas y el ejercicio abusivo del poder económico por parte de las empresas que ostenten una posición de dominio de mercado y, por otro lado, controla las concentraciones económicas que por su importancia puedan alterar la estructura del mercado nacional en contra del interés público y las ayudas públicas concedidas a las empresas.

¹ <http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_11.pdf> [Consulta: 4 de mayo de 2017].

² Boletín Oficial del Estado (BOE) número 159, de 4 de julio de 2007. Disponible en <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/>> [Consulta: 1 de mayo de 2017].

En la práctica, el incumplimiento de cualquiera de estas restricciones va a promover la aplicación por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia³ (CNMC en adelante) del régimen sancionador previsto en la LDC, cuya principal consecuencia se refleja en la imposición de multas a las empresas infractoras. Actualmente, la imposición de multas en España por la comisión de ilícitos *antitrust* está siendo el único mecanismo efectivo⁴ de la *toolbox* o caja de herramientas que las autoridades administrativas y de la competencia tienen a su disposición. Hasta hace bien poco, la práctica de la CNMC no había sido cuestionada. No obstante, a raíz de una serie de debates suscitados por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, la situación cambia y pasa a ser inestable, pues ambos tribunales cuestionan el poco alcance disuasorio de las multas impuestas por la CNMC y, concretamente, el método de cuantificación que la misma utiliza para la imposición de multas. Por ello, conviene analizar el régimen sancionador en materia de defensa de la competencia para ver cuáles han sido los principales cambios promovidos e incorporados por la jurisprudencia de la AN y del TS a la práctica de la CNMC.

A los solos efectos de situar al lector, a partir de la entrada en vigor de la LDC y al amparo del nuevo régimen sancionador previsto en los artículos 61 a 70, se empieza a implantar por la CNMC una nueva política sancionadora para los ilícitos anticompetitivos (artículos 1, 2 y 3 de la LDC y artículos 101 y 102 del TFUE), que se configuró en la aprobación de la “Comunicación” de multas de 2009⁵. Posteriormente, el TS cuestiona esta metodología de la Comunicación en su sentencia del 29 de enero de 2015⁶, por considerar

³ Anteriormente, Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC); posteriormente, Comisión Nacional de la competencia (CNC); y, actualmente, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

⁴ MARCO COLINO, S., “El valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el derecho español de la competencia, en BENEYTO PÉREZ, J.M. / MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (Dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 487 – 521, p. 488.

⁵ 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 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 (actualmente, artículos 101 y 102 del TFUE). Disponible en el BOE, número 36, de 11 de Febrero de 2009 / <<https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/11/>> [Consulta: 11 de marzo de 2017].

⁶ STC del TS de 29 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:112, recurso nº 2872, ponente Manuel Campos: versa sobre la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), para la fijación de las multas.

que supone un ajuste al alza del importe de las sanciones en relación con las impuestas en periodos anteriores.

En este sentido, conviene hacer un estudio de los objetivos de dicho instrumento para comprender el análisis crítico del TS y la conclusión a la que llega, en la que manifiesta su oposición desvirtuando la metodología de cálculo de este instrumento. Por un lado, el estudio nos permite entender la práctica que la CNMC seguía hasta hace bien poco y, por otro, la conclusión nos permite conocer una visión de futuro del método empleado por la CNMC para la cuantificación de las multas.

En la Comunicación se recogen una serie de parámetros que dirigen la actuación de la CNMC para calcular el importe de las multas a imponer a las empresas por una infracción de las normas de defensa de la competencia. En cuanto al ámbito de aplicación, se extiende a las multas a imponer por acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia (en concreto, los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE), por prácticas de abuso de posición de dominio (en concreto, los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE), así como por conductas de falseamiento de la libre competencia mediante actos desleales (en concreto, el artículo 3 de la LDC). La principal finalidad de este instrumento es dotar a la Autoridad de competencia de un método de cálculo de sanciones que le permita aplicar o tener en cuenta los criterios de determinación de sanciones previstos en el artículo 64 de la LDC (que se explicarán posteriormente). Dicho de otra forma, la eficacia jurídica de la Comunicación radica en reducir la discrecionalidad de la que goza la Autoridad de competencia en el cálculo de la sanción económica dentro de dichos límites o criterios, por lo que es la metodología de cálculo y no la Comunicación de multas la que pretende mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos⁷.

Concretamente, la Comunicación de multas establece una metodología de cálculo que se articula en tres fases⁸. En primer lugar, se calcula el importe básico de la sanción,

⁷ Para un análisis más detallado consúltese el artículo: COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, págs. 7 – 8.

⁸ Para un análisis más detallado véase PÉREZ ASENJO, E. “La elaboración de la Comunicación de sanciones de la CNC”, Rcd nº 5, 2009, págs. 407 - 417. Desde una perspectiva crítica: CUERDO MIR, M. / BRIONES ALONSO, J., “Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia”, en GUILLÉN CARAMES, J. (Dir) *Cuestiones actuales*

teniendo en consideración los criterios de graduación previstos en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC. En segundo lugar, se aplica un coeficiente de ajuste que depende de cada una de las circunstancias agravantes y/o atenuantes concurrentes, pudiendo producirse un aumento o reducción del importe base de entre un 5 y un 15%. Y, en tercer lugar, en el caso de que se pudiese calcular el beneficio ilícito del infractor, se comprueba que la cuantía de la multa obtenida en la segunda fase no es inferior al mismo en virtud del criterio contemplado en la letra f) del artículo 64.1 de la LDC. Por último, se verifica que la cuantía de la multa no supera el límite máximo aplicable en función de la calificación de la conducta como grave o muy grave, con el fin de comprobar que no supera la capacidad de pago de la empresa y que tampoco supone un riesgo para la competencia.

A juicio del TS, a pesar de que la cuantía de la multa que resulta de estas dos primeras fases es proporcional a la gravedad de la conducta restrictiva realizada por la empresa y de que la tercera fase contempla también el principio de proporcionalidad, el límite de proporcionalidad no atiende tanto al daño privativo que se puede causar al infractor como consecuencia del pago de la multa que puede comprometer su competitividad o la permanencia de la misma en el mercado, como al daño al interés general en el funcionamiento competitivo del mercado que se podría derivar de su salida o de su menor presión competitiva.

En este sentido, coinciden la AN y el TS, pues ambos manifiestan que la metodología de cálculo no es vinculante para las autoridades y tribunales nacionales cuando aplican los artículos 101 y 102 del TFUE. Tanto la AN como el TS afirman que la interpretación hecha por la Autoridad de competencia española es coincidente con la realizada por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia en relación con el límite máximo del 10% establecido en el artículo 23.2 del Reglamento CE 1/2003 por la infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE, si bien este Reglamento armoniza la tipificación de las conductas anticompetitivas prohibidas, no sucede lo mismo respecto de dichos preceptos. En efecto, el artículo 5 del mismo Reglamento sólo establece la potestad sancionadora de la Comisión Europea, de tal forma que el Derecho de la competencia de la UE deja libertad a los Estados miembros para diseñar el régimen sancionador que deben respetar sus autoridades y tribunales cuando aplican, en su territorio, las prohibiciones de los artículos 101 y 102 TFUE simultáneamente

del procedimiento sancionador en derecho de la competencia, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2013, págs. 299 – 333.

con las prohibiciones contenidas en su Derecho nacional de la competencia. El TS afirma que pudiendo los Estados miembros instaurar su propio régimen queda descartado el carácter vinculante para el legislador español del artículo 23.2 del Reglamento CE 1/2003 y de la metodología de cálculo de las multas por infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE⁹.

En todo caso, el TS y la AN comparten una interpretación en la que se afirma que la metodología de la Comunicación de multas implica en la mayoría de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad. La predeterminación en la Ley de un máximo o un mínimo, en términos porcentuales o fijos, en los que el aplicador del régimen sancionador tiene la obligación de individualizar la sanción según la densidad antijurídica de la conducta restrictiva, es para el TS un requisito que dimana del artículo 25 de la CE y el principio que deriva de este precepto impone la existencia en la Ley de una escala o arco sancionador, así como de valores mínimo y máximo, dentro de los que hay que individualizar la sanción en un ejercicio de cálculo de arriba hacia abajo porque el valor máximo de la escala representa *“el reproche sancionador que se debe reservar la conducta anticompetitiva más grave de las posibles dentro de cada una de las tres categorías del art. 63.1 de la LDC”*¹⁰. Aquí es donde se produce el principal problema para el TS de la metodología de la Comunicación de multas porque considera que, aunque se admitan los porcentajes máximos del artículo 63.1 de la LDC, el problema constitucional seguiría existiendo, pues en la LDC no existe norma que establezca unos valores mínimo y máximo, dentro de los cuales se fija e individualiza la multa.

En definitiva, el TS no solo considera contraria a derecho la metodología utilizada por la Autoridad de competencia porque le permite fijar la cuantía de la multa sin sujeción a escala alguna, sino que también su interpretación del artículo 63.1 de la LDC es coincidente con una interpretación sistemática del Derecho nacional y la única posible para ajustarse a los principios de tipicidad y reserva de ley dimanados del artículo 25 de la CE. El TS afirma que este método de cálculo lleva a la falta de efectividad y capacidad disuasoria de las multas, pero atribuye esta tacha al legislador por diseñar un régimen sancionador apto para

⁹ COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, págs. 15 – 19.

¹⁰ COSTAS COMESAÑA Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, pág. 17.

compatibilizar ambas exigencias con las derivadas del principio de proporcionalidad. De ahí que el TS aconseje al legislador llevar a cabo una modificación a fin de incrementar el efecto disuasorio de las multas a cuotas superiores al coste de la ecuación (o beneficio esperado) menor al coste de la sanción. Le sugiere que añada a esa ecuación el factor de la probabilidad de detección de las conductas infractoras, para lo cual le recomienda sustituir el volumen de negocios total en el año anterior al de la sanción como base de cálculo del arco sancionador; y, por último, recomienda tanto al legislador como a la Autoridad de la competencia que “*el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto*” y que esa capacidad disuasoria se puede aumentar imponiendo multas a los directivos de las empresas infractoras y “*con un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas*”. Sin embargo, esta nueva política sancionadora no ha sido ratificada o afianzada por los tribunales (primero la CNC y luego la CNMC) en los procedimientos jurisdiccionales de revisión y casación de las resoluciones sancionadoras. De ahí que, aunque no se hayan llevado grandes modificaciones en materia de prácticas restrictivas, es importante observar la práctica de la CNMC a partir de los debates de la AN y del TS, que han llevado a la CNMC a formular una nueva metodología de cálculo de las multas conforme a la interpretación jurisprudencial de los principios de legalidad, proporcionalidad y disuasión en materia de derecho sancionador de competencia.

Por ello, este trabajo versa sobre el análisis de la interpretación normativa reguladora del cálculo de las multas por infracciones de Derecho de la competencia, así como de la aplicación de este régimen legal por la Autoridad de competencia y sobre su corrección por los tribunales y posterior reinterpretación para adecuarlo al método de cálculo diseñado por el TS.

Por lo que respecta a la **estructura**, de entrada, conviene realizar un breve estudio de la reforma operada por la Ley 15/2007, sus principales objetivos y el sistema sancionador previsto que motiva la imposición de multas. De esta manera, pasaré a analizar el régimen jurídico de las sanciones en materia de defensa de la competencia, tal y como se configura en Derecho español.

En consonancia con lo anterior, en el primer apartado del trabajo se recogen las ideas principales de la regulación general de las multas en el Derecho de la competencia. En él se hace hincapié en la normativa aplicable y en los órganos competentes, en los sujetos sancionables y en el requisito de culpabilidad que deben cumplir para ser considerados como

infractores de Derecho de la competencia, en el importe de las sanciones, en los criterios generales para la imposición de multas, así como en otras cuestiones importantes para entender el régimen de las multas.

Además, dado que el cambio operado en el ámbito específico de la potestad sancionadora es fruto de debates jurisprudenciales, el análisis que se hace en la segunda parte y en concreto, en el tercer apartado del trabajo, consistirá en la práctica de la CNMC, la posición del TS respecto de la normativa contemplada en la LDC y los efectos que su doctrina ha producido en la propia práctica de la CNMC, así como en una visualización de futuro de las multas *antitrust* en España.

Finalmente, el trabajo se cierra con las conclusiones, donde se intenta ofrecer propuestas que permitan acercar el sistema de multas en el ámbito de defensa de la competencia en España a un régimen más estable.

En cuanto a la metodología empleada, debido a los cambios operados en materia de defensa de la competencia en España y, concretamente, en materia de sanciones, interesa destacar que el modo de abordar el tema que ocupa este trabajo ha sido sobre todo a través de la búsqueda de documentación en Internet, jurisprudencia, manuales actualizados, así como de artículos de actualidad que reproducen las interpretaciones jurisprudenciales que se han llevado a cabo sobre las multas.

En cuanto a los **objetivos** de este trabajo, se pretenden alcanzar conclusiones que permitan formular propuestas de mejora del sistema español de defensa de la competencia, que admitan la imposición de multas suficientemente disuasorias y que permitan otorgar mayor seguridad jurídica, certeza y predictibilidad al método de cálculo de las multas, así como el establecimiento de sanciones compatibles con los principios de proporcionalidad e igualdad de trato para, de esta manera, dar cumplimiento al principio de efectividad construido por el TJUE y que es fundamental para que la práctica de la Autoridad de competencia cumpla tanto con exigencias legales como jurisprudenciales.

2. SANCIONES

2.1. Regulación general

2.1.1. Normativa aplicable y órganos competentes

En materia de defensa de la competencia son aplicables en España la **Ley 15/2007**, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y los **artículos 101 y 102 del TFUE**, junto con su normativa de desarrollo (los Reglamentos de exención por categorías de acuerdos y los relativos a sectores específicos como los seguros o el transporte), en la medida que la conducta en cuestión pueda afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea. La LDC ha sido desarrollada por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (“Reglamento de Defensa de la Competencia”), en el que se regulan variedad de aspectos prácticos de aplicación de las disposiciones de la LDC.

Por lo que al régimen sancionador de competencia respecta, se encuentra concretamente previsto en los artículos **62, 63 y 64 de la LDC**, regulación que se debe a una importante labor de reforma del sistema español y al proceso de revisión del sistema de defensa de la competencia implantado por la Ley 16/1989, cuyo objetivo principal era fortalecer la eficacia social de la intervención administrativa para la protección o tutela de la competencia efectiva en los mercados, adecuando el sistema español de defensa de la competencia al ámbito comunitario que se crea a partir del proceso de modernización promovido por el Reglamento CE 1/2003.

El sistema diseñado en la LDC contempla una escala sancionadora con tres techos progresivos según la infracción sea muy grave, grave o leve y una serie de circunstancias concurrentes (agravantes y atenuantes) que han de tenerse en cuenta en la estimación del importe de la sanción. Este sistema es distinto del previsto en el Derecho de la UE en el Reglamento 1/2003, en el que el 10% del volumen de negocios total del infractor constituye el límite máximo a la imposición de sanciones. Esta diferencia entre sistemas se encuentra prevista en el Reglamento en su artículo 5. Lo importante es que las sanciones recogidas en

la legislación doméstica y aplicadas por las autoridades nacionales a las infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sean efectivas.

En este sentido y por contextualizar el origen del régimen sancionador de competencia, se publicó el Libro blanco en 2005 en el que se determinaron una serie de carencias del anterior sistema de defensa de la competencia¹¹. En primer lugar, la falta de un programa de clemencia para la detección de cárteles y, en segundo lugar, la falta de instrumentos suficientemente eficaces para poner fin a las conductas prohibidas como, por ejemplo, una regulación más flexible del procedimiento de terminación convencional y una tipificación apropiada de las distintas infracciones a efectos de graduación de las multas. El pre-legislador, para superar estas carencias en materia de multas, propuso la graduación de las infracciones en muy graves, graves y leves, con la finalidad de admitir una conexión entre las infracciones y las sanciones impuestas. En todo caso, de lo que se trata es de reforzar *“la transparencia y objetividad de las decisiones”* y, por otro lado, en relación al cálculo de las multas, estudiar *“la posibilidad de aplicar una metodología similar a la seguida por la Comisión Europea”*¹², basando el importe de las multas en la aplicación de un importe base para cada categoría de infracción al que se le aplican incrementos, en la medida de que concurren circunstancias agravantes; y reducciones, si concurren atenuantes. Parece que el máximo del 10% del volumen de ventas resulta adecuado, pero cabría revisar al alza los importes fijos que pueda prever la LDC, incluyendo las sanciones relativas a las personas físicas.

Se puede observar que incluso en la Exposición de Motivos de la LDC, con la finalidad de superar estas carencias, el legislador acuña uno de los principios fundamentales de la Ley, la *“eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia”* y, vinculado con el nuevo régimen sancionador, manifiesta que la Ley *“supone un importante avance en seguridad jurídica por cuanto realiza una graduación de las diversas infracciones previstas por la misma y aclara las sanciones máximas de cada tipo, fijadas en términos de un porcentaje del volumen de ventas totales de los infractores. Asimismo se especifican los criterios que determinarán la multa concreta en cada caso, en línea con las tendencias actuales en el ámbito europeo. Además, se prevé la publicidad de todas las sanciones”*

¹¹ COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, pág. 5.

¹² Ministerio de Economía y Hacienda, *Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, 20 de enero de 2005, párr. 8, 127 a 130, 138, 139, 145, 146 y 149.

*impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten*¹³.

En todo caso, el régimen sancionador contemplado en los artículos 62 a 64 de la LDC se rige por tres **principios básicos**. En primer lugar, por los principios de **legalidad y tipicidad** sancionadora en línea con lo dispuesto en el artículo 25 de la CE. Pues bien, la jurisprudencia constitucional manifiesta que estos principios no exigen que el cálculo de las sanciones esté en el cuerpo de la Ley. Y, en segundo lugar, por el principio de **proporcionalidad** como remedio o medida de carácter punitivo, ya que la cuestión esencial radica en establecer cuáles son los parámetros adecuados para evaluar la proporcionalidad de una multa, no olvidando que las sanciones en el Derecho de la competencia tienen como objetivos la disuasión y compensación, pues bien, al estimar en una sanción el respeto del principio de proporcionalidad ambos objetivos se deben atribuir a todo el régimen sancionador de la LDC. De manera que la infra-proporcionalidad de las sanciones puede producir un perjuicio para la eficacia de los instrumentos punitivos, particularmente de la política de clemencia¹⁴.

En cuanto a los órganos competentes para la imposición de sanciones, es la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** la que “aglutina” no sólo a la CNC, sino a todo tipo de órganos reguladores como, por ejemplo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía, del Juego, de la Televisión, etc.¹⁵.

De conformidad con el apartado segundo del artículo 70 de la LDC, en relación con todo procedimiento sancionador y respecto a la designación de los órganos competentes para la iniciación, instrucción y resolución de estos procedimientos:

- La Dirección de Investigación, actualmente la **Dirección de Competencia**, será el órgano competente para la iniciación e instrucción.

¹³ COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, pág. 6.

¹⁴ COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, pág. 6.

¹⁵ <http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_11.pdf> [Consulta: 2 de mayo de 2017].

- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, actualmente la **Sala de Competencia del Consejo de la CNMC**, será el órgano competente para su resolución.

Por último, el tercer apartado del artículo 70 de la LDC prevé expresamente que la recaudación de las multas impuestas corresponderá a la Administración General del Estado y a la Agencia Tributaria en periodo ejecutivo, de conformidad con lo previsto en el Reglamento General de Recaudación.

2.1.2. *Sujetos sancionables*

La LDC¹⁶ menciona distintas posibilidades de sujetos infractores y junto a ellas una serie de condiciones que atribuyen a dichos sujetos el carácter sancionable o infractor. Así, se consideran sujetos infractores tanto las **personas físicas** como **jurídicas** que realicen acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la citada Ley¹⁷.

Respecto a esto, la AN ha tenido su propio pronunciamiento, llegando a afirmar que *“la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico –término amplio que incluye no solo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica-, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos”*¹⁸.

En este sentido, las posibilidades de atribuir a una persona, física o jurídica, la condición de sujeto sancionable son varias. De ahí que se pueda sancionar a los **agentes económicos, empresas y asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas**. En el último caso, sólo será posible atribuir a las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas la condición de sujetos infractores cuando las mismas gocen o dispongan de personalidad jurídica.

¹⁶ Véase el artículo 61 de la LDC.

¹⁷ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Pamplona, 4ª Edición, 2015, Págs. 1207 – 1211.

¹⁸ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de febrero de 2008 (JUR 2008, 155661), recurso 439/2006, FD 2º.

Una vez vistas las distintas posibilidades que recoge la Ley, es necesario hacer referencia a dos **condiciones** que debe cumplir todo agente económico con carácter cumulativo para ser susceptible de sanción. En primer lugar, es requisito que el agente económico goce de personalidad, lo que no quiere decir que no sea posible sancionar a las personas físicas o jurídicas que compongan un ente sin personalidad jurídica. En segundo lugar, poder ser considerado “empresa” o asociación o agrupación de empresas desde la perspectiva de la LDC¹⁹ y con independencia del carácter privado o público de la empresa infractora o de si ésta toma una forma jurídica ajena, en principio, al desarrollo de las actividades en el mercado, como puede ser un sindicato²⁰ o si la asociación de que se trata no dispone de ánimo de lucro.

Cabe hacer referencia a que la práctica de la CNMC ha introducido una matización en relación al tema que estamos analizando y, concretamente, a si una **Administración Pública** puede ser susceptible de la aplicación de la normativa de competencia, incluso cuando ésta no lleve a cabo una actividad económica en sentido estricto. El TS, en relación a esta cuestión, pone de manifiesto que la actuación de una Administración Pública puede ser sometida a la LDC en la medida en que actúe en su condición de operadora de mercado, pero nunca cuando ejerce las facultades de las que es titular “*ius imperii*”. En este sentido y de nuevo en base al pronunciamiento del TS, la potestad de verificar la legalidad de la actuación de la Administración Pública en estos casos se encuentra reservada a los tribunales ordinarios. De acuerdo con la posición del TS se encuentra la Audiencia Nacional, que mantiene que “*el primer elemento relevante para que una conducta quede sujeta al Derecho de la competencia es determinar en qué condición actúa la Administración Pública, y solo si interviene como operador económico puede ser examinada dicha conducta por la CNC*”²¹.

En materia de **responsabilidad por el pago de la multa** impuesta a una asociación o agrupación de empresas y en relación a la imputabilidad de las infracciones, cuando la asociación sea insolvente para el pago de la sanción impuesta, deberá recabar de sus

¹⁹ Existe la posibilidad de sancionar a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de la empresa o asociación infractoras que hayan participado en la realización de la conducta infractora. Véase el artículo 63.2 de la LDC.

²⁰ En línea con lo dispuesto en la resolución *Pan de Barcelona*: RRTDC de 16 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2604), *Pan de Barcelona*, Exp. 377/96, FD 3º (confirmada en este punto por la SAN de 10 de diciembre de 1999), de 29 de enero de 2007 (AC 2007, 477).

²¹ SAN de 16 de julio de 2013, Productores de Uva y Vinos de Jerez, Exp. S/0167/09.

miembros contribuciones que sean suficientes para el pago de dicha sanción. En el caso de que la asociación incumpla tal deber en el plazo legalmente previsto, las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación sancionada deberán responder solidariamente del pago de la multa. Ahora bien, no cabe exigir a la empresa que forma parte de la asociación infractora un importe superior al 10% de su volumen de negocios total en el ejercicio anterior, ya que no se trata de una responsabilidad patrimonial solidaria ilimitada; y si dicha empresa no alcanza a sufragar el importe íntegro de la sanción impuesta, la CNMC podrá exigir el pago del remanente a cualquier miembro de la asociación que desarrolle sus actividades en el mercado relevante. En todo caso, quedan exentas de responsabilidad las empresas que demuestren no haber sido parte de la conducta sancionada y que ignoraban su existencia o se apartaron de ella antes de que se comenzase la investigación²².

2.1.3. *Requisito de culpabilidad*

Las sanciones contempladas en la LDC únicamente podrán ser impuestas cuando el sujeto infractor incurra en elemento de culpabilidad, es decir, cuando las conductas hayan sido cometidas “*deliberadamente o por negligencia*”. Así se deriva de la exigencia constitucional de que no cabe imputación por una infracción penal o administrativa sin que exista una conducta dolosa o negligente del infractor y de la jurisprudencia del TS, al afirmar que a la infracción administrativa y a la sanción correspondiente, en la medida en que exista la primera, han de aplicarse una serie de principios penales tales como la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, dolo o culpa.

La culpabilidad viene configurada por un tipo objetivo, pues se incurre en la prohibición por la mera realización de actos, acuerdos o toma de decisiones contrarios o que puedan restringir la competencia en el mercado, con independencia de la concurrencia o no de una intencionalidad específica. En estos supuestos, la culpabilidad será valorada de acuerdo con la determinación de la sanción, lo que no constituye un elemento integrante del

²² COSTAS COMESAÑA, Julio. “El procedimiento sancionador. Las multas”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, ISSN 1575-2054, N° 1, 2008, págs. 39 – 46.

tipo de conducta prohibido. De esta forma, aunque se produzca una infracción a los preceptos contemplados en la LDC por observarse una acción típica y antijurídica, no se impondrá sanción si no concurre un elemento de culpabilidad en la conducta del infractor por el hecho de haber actuado de un modo deliberado o por haberlo hecho negligentemente²³.

2.1.4. *Importe de las sanciones*

La CNMC tiene la potestad de imponer elevadas sanciones a las empresas y asociaciones que llevan a cabo conductas prohibidas por la legislación en materia de competencia²⁴.

La LDC de 1989 permitía al Tribunal de Defensa de la Competencia sancionar con multas de hasta 150 millones de pesetas, cantidad que podía ser incrementada hasta el 10% del volumen de negocios del infractor. La actual LDC reduce la discrecionalidad de la Autoridad de competencia dividiendo las infracciones en función de su gravedad, atribuyendo a cada categoría un rango sancionador específico. Así, se prevé un baremo de tres tipos de sanciones, según la infracción cometida sea leve, grave o muy grave²⁵:

- Las infracciones **leves** podrán ser sancionadas con multa de hasta el **1%** del volumen de negocios del ejercicio inmediatamente anterior de la empresa infractora.
- Las infracciones **graves** podrán ser sancionadas con multa de hasta el **5%**.
- Las infracciones **muy graves** podrán ser sancionadas con multa de hasta el **10%**.

Como se ha dicho anteriormente, de este modo se produce una limitación de la discrecionalidad de la Administración para la imposición de sanciones por conductas contrarias a la LDC, toda vez que el antiguo límite del 10% del volumen de negocios de la

²³ Para un análisis más profundo véase MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1236 – 1244.

²⁴ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1244 – 1247.

²⁵ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1244.

empresa infractora (que se aplicaba para todo tipo de infracciones), ahora sólo regirá para las infracciones que sean calificadas como muy graves²⁶.

En relación a estos porcentajes, el TS ha concluido²⁷ que los porcentajes que la Ley establece para cada categoría de infracción constituyen un límite máximo de una escala en el marco de la cual debe fijarse el importe de la sanción con arreglo a los criterios previstos en la propia Ley²⁸ (concretamente, en el artículo 64 y que se explicarán más adelante): dimensión y características del mercado, cuota en el mercado de la empresa responsable, el alcance y la duración de la infracción, sus efectos sobre los derechos de los consumidores y competidores, los beneficios ilícitos obtenidos con la infracción y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran²⁹.

2.2. El procedimiento sancionador actual y sus garantías

La reforma institucional que introduce la Ley 15/2007 supone el desarrollo de nuevos procedimientos de aplicación de la LDC. En el ámbito del procedimiento sancionador estos cambios regulatorios tienen como finalidad proporcionar una mayor agilidad y eficacia a la actividad represora de la CNMC y dotar al sistema de una mayor seguridad jurídica aminorando el margen de discrecionalidad en la fijación del importe de las multas, siguiendo las orientaciones comunitarias. Así, las mayores modificaciones se producen en ámbitos relacionados con el método de graduación de las infracciones y los cómputos de los plazos de prescripción para perseguir infracciones y exigir multas³⁰.

En relación a la instrucción del procedimiento, el primer punto a destacar es el relativo al **contenido de las denuncias** que pueden presentar las personas físicas y jurídicas ante la Dirección de Investigación. En este sentido, el Reglamento de Defensa de la

²⁶ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1244.

²⁷ STC del TS de 29 de enero de 2015, cit.

²⁸ I GASULL, O. A. “El Tribunal Supremo aclara el cálculo de las multas de la CNMC”, *Expansión*, nº 46, 2015.

²⁹ Para más información véase MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1244 – 1247.

³⁰ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. “El Procedimiento Sancionador en el Nuevo Reglamento de la Competencia”. *Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 20, 2008, págs. 43 – 52. Disponible también:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2006/documento/articuloUM.pdf?id=3149>.

Competencia (aprobado por el citado Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero) prevé tanto un formulario modelo de denuncia potestativo como una orientación de los elementos obligatorios. En ausencia de alguno de esos elementos la Dirección de Investigación concederá un plazo de diez días al denunciante para que los subsane, pues de no hacerlo la denuncia se tendrá por desistida.

Cabe la posibilidad de que la Dirección de Investigación realice actos o **prácticas de información reservada**³¹ con vistas a confirmar si los indicios de infracción de los que conozca justifican o no la incoación del expediente sancionador (artículo 49.2 de la LDC). En línea con esta posibilidad, el aspecto más relevante está en el reconocimiento expreso de que, cuando dicha información reservada consista en un requerimiento de información al denunciado, se debe notificar a éste todos los elementos objetivos contenidos y relacionados con la denuncia. Con esta norma se pretende apuntar que la Autoridad de competencia debe poner en conocimiento del denunciado al que solicita información “*todos los elementos objetivos contenidos en ella en relación con los hechos denunciados*” para evitar que se produzca una situación de indefensión contraria al artículo 24.2 de la Constitución Española³².

La Dirección de Investigación, una vez examinada la denuncia, puede proponer al Consejo la adopción de un acuerdo de **archivo**, con remisión a éste de la denuncia y de las actuaciones previas practicadas o incoar el procedimiento sancionador. El denunciante será ajeno a estos trámites internos entre la Dirección de Investigación y el Consejo, y únicamente concederá Resolución de archivo que dicte este último, en la que se indicarán los motivos por los que no procede la incoación del procedimiento sancionador.

En cuanto a la **publicidad del procedimiento y sus plazos máximos**, la incoación del procedimiento sancionador se debe hacer pública en la página *web* de la CNMC, lo que da transparencia en el sistema y facilita la posibilidad de que terceros interesados se personen en el expediente; y la repartición del plazo máximo de dieciocho meses (previsto en el artículo 36.1 de la LDC) entre la Dirección de Investigación y el Consejo se llevará a cabo de la siguiente manera: doce meses le corresponderán a la Dirección de Investigación para la instrucción y seis al Consejo para la resolución del procedimiento. En contraposición a la LDC de 1989, no se prevé que caduque el procedimiento en caso de que la Dirección de

³¹ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. “El Procedimiento Sancionador en el Nuevo Reglamento de la Competencia”, cit.

³² Resolución del TDC, de 15 de marzo de 2007, *Banco de Santander/Cheques comida*, Exp. 700/06v.

Investigación exceda en su instrucción del plazo máximo de doce meses. La caducidad del procedimiento sólo está prevista en la LDC en los casos en los que se supere dicho plazo máximo de dieciocho meses. Así, no resulta previsible que el Consejo dicte Resoluciones como las que en su día eran adoptadas por el TDC, por las que declaró la caducidad de procedimientos instruidos por el SDC.

En la misma instrucción del procedimiento pero, concretamente, en **fase probatoria** la Dirección de Investigación goza de facultades para practicar los actos de instrucción que considere necesarios. Además, los interesados podrán proponer en cualquier momento de la instrucción la práctica de pruebas.

Para colmar alguna laguna existente en la LDC, cabe realizar lo que se denomina **pliego de corrección de hechos, de cooperación con las Comunidades Autónomas y preclusión de plazos**. Si la Dirección de Investigación considera que, tras el examen efectuado, no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, lo notificará a los interesados, los cuales dispondrán de quince días para realizar alegaciones y proposición de prueba. Si la Dirección de Investigación llega a la conclusión de la existencia de una infracción, deberá dirigir una imputación formal a la presunta infractora en forma de pliego de concreción de hechos. La novedad que recoge el Reglamento (en concreto, en el artículo 33) es la posibilidad de que el pliego sea notificado no sólo a los interesados, sino también al órgano autonómico correspondiente en aquellos casos en los que la conducta prohibida incida en el territorio de su Comunidad Autónoma. En todo caso, el informe del órgano autonómico no será vinculante para la Dirección de Investigación, por lo que únicamente tendrá carácter preceptivo.

Ahora bien, en caso de que la Dirección de Investigación decida no remitir copia del pliego de concreción de hechos al órgano autonómico, éste tendrá la posibilidad de solicitar la convocatoria de la Junta General Consultiva en materia de conflictos (conforme a lo previsto en el apartado cuarto del artículo 2 de la Ley 1/2002).

Una vez culminada la instrucción con todos los pasos que acarrea, se pasa a una fase orientada en el objetivo de dotar al Consejo de un carácter estrictamente resolutorio, se pasa así a la fase de resolución del expediente. Con este propósito, se le libera de toda obligación relativa a la práctica de las pruebas o actuaciones complementarias que eventualmente

acuerde, tareas que en todo caso deberá llevar a cabo, bajo la dirección del Consejo, la Dirección de Investigación.

Por lo que se refiere a las principales novedades previstas en el Reglamento en relación a esta fase, podemos distinguir las siguientes³³. En primer lugar, hay una **limitación de las posibilidades de practicar nuevas pruebas a instancia de los interesados**. Pues bien, se permite al Consejo rechazar todas aquellas pruebas que, habiendo podido ser practicadas ante la Dirección de Investigación, no lo hubiesen sido. Así, es recomendable que los interesados concentren todo su esfuerzo probatorio en la fase de instrucción, porque de lo contrario corren el riesgo de que el Consejo no admita sus pruebas. En segundo lugar, hay una **ampliación de las posibilidades de que el Consejo acuerde de oficio nuevas pruebas y actuaciones complementarias** tendentes a establecer los extremos del expediente que resulten necesarios; y una **ampliación de las posibilidades de que se celebren vistas ante el Consejo** tanto de oficio como a solicitud de los interesados. En tercer lugar, el artículo 39 del Reglamento desarrolla la posibilidad prevista en el artículo 52 de la LDC de que el expediente sancionador sea resuelto mediante la aceptación por el Consejo de compromisos presentados por la empresa infractora que resuelvan los problemas de competencia detectados a lo largo de la instrucción, lo que se ha denominado la **terminación convencional** del procedimiento sancionador. En vía reglamentaria son dos las principales novedades que se introducen en relación al desarrollo de este procedimiento³⁴:

- Por un lado, el hecho de que el Consejo tenga la competencia en exclusiva para poner fin por vía convencional a un procedimiento (anteriormente gozaba de esta competencia el SDC);
- Por otro lado, la posibilidad de que la empresa infractora proponga compromisos con posterioridad al pliego de concreción de hechos, siempre que lo haga antes de que la Dirección de Investigación remita el expediente al Consejo.

³³ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. “El Procedimiento Sancionador en el Nuevo Reglamento de la Competencia”, cit.

³⁴ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. “El Procedimiento Sancionador en el Nuevo Reglamento de la Competencia”, cit.

Sin entrar a detallar los distintos trámites de este procedimiento, hay que hacer referencia a que el Reglamento insta un sistema de doble control por parte de la Dirección de Investigación y el Consejo. En este sentido, corresponde a este último adoptar la resolución de aceptar o desestimar los compromisos propuestos, pero el Reglamento en su artículo 39 prevé la posibilidad de que la Dirección de Investigación decida remitir al Consejo la propuesta de compromisos realizada por no considerarla suficiente para resolver los problemas de competencia. Los demás interesados en el expediente podrán formular alegaciones a la propuesta de compromisos presentada a la Dirección de Investigación, pero en el caso de que la empresa infractora haya propuesto nuevos compromisos al Consejo a instancia de éste, no se va a prever dicha posibilidad.

Por último, hay que dividir el apartado relativo a las **garantías**, ya que a partir de la reforma institucional que introduce la Ley 15/2007 son tres las novedades que destacan en relación al procedimiento sancionador. Así, podemos distinguir tres tipos de garantías³⁵:

- **Mayor agilidad**

Anteriormente, la LDC de 1989 establecía en su artículo 56 un plazo máximo para instruir y otro para resolver, fijando ambos plazos en doce meses. Actualmente, la LDC de 2007 establece en su artículo 36.1 un único plazo máximo de dieciocho meses para dictar y notificar a los interesados la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas prohibidas, y opta por dejar en manos del legislador reglamentario su distribución entre las fases de instrucción ante la Dirección de Investigación, y de resolución ante el Consejo de la CNC. De este plazo máximo, doce meses son atribuidos a la Dirección de Investigación en fase de instrucción y, por lo que se refiere a la fase de resolución ante el Consejo, éste tiene la potestad para acordar la celebración de pruebas y actuaciones complementarias, así como para ratificar conductas, aunque no exista trámite de alegaciones, de prueba y de conclusiones. Casos en los que la resolución puede acarrear más tiempo y a su disposición tiene el Consejo el mecanismo de la suspensión del cómputo y de ampliación del citado plazo máximo. En relación al primer mecanismo, se puede llevar a cabo de forma

³⁵ COSTAS COMESAÑA, Julio. “El procedimiento sancionador. Las multas”. cit.

motivada o acordada. No obstante, la posibilidad de ampliar el plazo de dieciocho meses tiene naturaleza excepcional, por lo que se obliga al órgano de la de la CNC que la acuerde a motivar las circunstancias que lo exigen, sin que ésta pueda sobrepasar los dieciocho meses.

Los plazos de los que disponen los interesados para acelerar los trámites del procedimiento permanecen invariable, pero a la vista de la práctica del TDC, puede resultar necesario conceder un plazo mayor a las partes para contestar y proponer pruebas de descargo al pliego de concreción de hechos de la Dirección de Investigación³⁶.

En conclusión, el objetivo de esta nueva regulación es dotar al procedimiento sancionador de mayor flexibilidad para adaptarlo a las necesidades o a la aparición de información relevante que puede cambiar la calificación de las conductas; y evitar que las partes resten agilidad y eficacia al procedimiento mediante la utilización de recursos a modo dilatorio, para lo que se eliminan los recursos administrativos frente a acuerdos de archivo y sobreseimiento del órgano de instrucción.

- **Mayor eficacia**

Las principales novedades respecto de la regulación anterior se producen en materia de medidas cautelares. En primer lugar, se establece la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar necesaria para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte y el interés público que motiva la actividad de la CNC, para lo cual no se exige fianza al solicitante de la medida cautelar (artículo 54 de la LDC). En segundo lugar, el Consejo de la CNC dispone de un plazo máximo para adoptar y notificar al interesado las medidas cautelares adoptadas a instancia de parte (artículo 36.6 de la LDC). Plazo que se computa desde la fecha de incoación del expediente, que no produce la caducidad, sino la

³⁶ En estos términos y en relación a la práctica del TDC se han pronunciado CANTOS BOQUEDANO, F. y SANTOS LORENZO, S., “Algunas reflexiones prácticas sobre la regulación del procedimiento sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, GJ, nº 204, enero/abril, 2006, pág. 48.

desestimación de la medida cautelar solicitada; y que puede ser suspendido o ampliado.

En este contexto, la nueva regulación de terminación convencional del procedimiento sancionador parece resaltar la garantía de mayor eficacia y, en concreto, el artículo 52 de la LDC prevé una serie de disposiciones que superan los defectos de la regulación de 1989, estableciendo que el Consejo de CNC será el único órgano competente para acordar la terminación convencional del expediente sancionador, previa propuesta de la Dirección de Investigación; que los operadores imputados podrán presentar compromisos incluso después de conocer la imputación que aquella les formula y hasta la fecha en que ponga término a la fase de instrucción, lo que lleva a considerar que nuestra legislación sea más flexible que la comunitaria; y que, además, sólo serán aceptables los compromisos que generen eficiencias o ventajas que puedan permitir compensar las restricciones que generen las conductas imputables o que permitan eliminar las restricciones a la competencia inaceptables desde la perspectiva del interés público tutelado por la Ley.

- **Mayor seguridad jurídica**

Se establece una nueva regulación de las multas que opera a través de la política *leniency*, clemencia o indulgencia para los integrantes de un cártel que colaboren de forma activa y sustancial con la autoridad de competencia. A partir de esta regulación se introduce una clasificación de las infracciones previstas en la Ley en graves, muy graves y leves, lo que permite considerar que la legislación de competencia ha ganado predecibilidad y, por ende, seguridad jurídica en materia de multas, permitiendo mejorar la transparencia y la objetividad de la actuación de las autoridades de competencia.

2.3. Cálculo de las multas

El TS, en su Sentencia de 29 de enero de 2015, aclara las reglas para la cuantificación de las sanciones en materia de defensa de la competencia. Para el Supremo, el método de cálculo de las sanciones previsto en la Comunicación de multas puede suponer en muchos

casos “*establecer un sesgo al alza de los importes de las multas*” que es incompatible con el principio de proporcionalidad, pero resulta importante tener en cuenta que esta conclusión no debe verse alterada por el hecho de que ese método de cálculo sea el que utiliza la normativa europea de competencia, ni por el hecho de que la CNMC aplique habitualmente, junto con la LDC, las disposiciones comunitarias que proscriben las restricciones a la competencia. En este contexto, el TS recuerda que el Derecho europeo de la competencia no impone un procedimiento uniforme para que las autoridades nacionales apliquen las normas sustantivas y cuantifiquen las sanciones, sino que otorga libertad a los Estados para regular sus propios procedimientos y sanciones, y que el legislador nacional puede optar por un mecanismo de cálculo distinto del que utiliza la Comisión Europea, por lo que no puede estar vinculado por este último³⁷.

El TS no adopta una postura concreta en lo que respecta a si el cálculo de las multas debe partir de la cifra de negocios global de la empresa o sólo atender a la facturación obtenida en el mercado afectado por la infracción, en cambio, la AN entiende que debe comprender el volumen de negocios de todas las actividades del infractor³⁸.

El TS ha buscado el punto de equilibrio entre, por un lado, la posibilidad de que la autoridad pueda imponer sanciones de carácter disuasorio, permitiendo de esta manera que la multa pueda alcanzar hasta el 10% del volumen de ventas total de la infractora; y, por otro lado, la necesidad de que el ejercicio de estas facultades sea siempre proporcionado a la gravedad de la infracción.

Atendiendo a la jurisprudencia del TS y con vistas a mejorar el régimen sancionador en el ámbito de la competencia, la LDC clasifica en su artículo 62 las infracciones previstas en la Ley en muy graves, graves y leves, y en su artículo 63 establece máximos para cada tipo de infracción, de modo que el mínimo (0 euros) es común a los tres tipos de infracción. Esta regulación otorga a las autoridades de competencia un amplio poder para el cálculo de la multa, permitiendo que la multa final impuesta por una sanción grave pueda ser mayor que la finalmente impuesta por una infracción muy grave. Podríamos decir que la regulación del artículo 63 se ajusta a la naturaleza represora del Derecho de defensa de la competencia, en

³⁷ I GASULL, O. A. “El Tribunal Supremo aclara el cálculo de las multas de la CNMC”, cit.

³⁸ I GASULL, O. A. “El Tribunal Supremo aclara el cálculo de las multas de la CNMC”, cit.

la medida que centra su objetivo más en los efectos restrictivos que en la naturaleza de las conductas³⁹.

Con carácter general, son dos los criterios utilizados para fijar el límite máximo de la multa posible por cada tipo de infracción⁴⁰:

- En primer lugar, siempre que sea posible determinar el volumen de negocios total de los infractores, **las infracciones leves pueden ser sancionadas hasta el 1%, las graves hasta el 5% y las muy graves hasta el 10%**. El volumen de negocios de las asociaciones y agrupaciones de empresas se determina tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.
- En segundo lugar, se fijarán **cuantías mínimas y máximas** para cada tipo de infracción (excepto para las infracciones muy graves), que es el sistema que seguía la Comunicación de la Comisión para el cálculo de multas de 1998. De esta manera, las infracciones leves podían ser sancionadas con multa de 100.000 a 500.000 euros; las graves con multas de 500.000 a 10 millones de euros, y las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.

Así, la cuantía de la multa se fijará atendiendo a los criterios de graduación previstos en el artículo 64.1 de la LDC (que se detallarán en el primer apartado de este capítulo). Una vez que se fija el importe de la sanción en atención a la gravedad de la conducta restrictiva, se multiplicará por el número de años de participación en la infracción y a este importe resultante se sumará en concepto de tasa de entrada al cártel, aunque también se puede fijar a conductas de abuso, una adición comprendida entre el 15% y el 25% del valor de las ventas anuales. Por último, se aplicarán las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren sobre aquel importe, teniendo en cuenta que entre las agravantes se atribuye una relevancia particular a la reincidencia que puede alcanzar hasta un 100% el importe de la sanción⁴¹.

³⁹ I GASULL, O. A. “El Tribunal Supremo aclara el cálculo de las multas de la CNMC”, cit.

⁴⁰ I GASULL, O. A. “El Tribunal Supremo aclara el cálculo de las multas de la CNMC”, cit.

⁴¹ I GASULL, O. A. “El Tribunal Supremo aclara el cálculo de las multas de la CNMC”, cit.

2.3.1. *Criterios generales para la imposición de las sanciones*

Los criterios que deben seguirse para la determinación del importe de las sanciones por infracciones de la LDC se encuentran previstos en el **artículo 64.1** de la misma. En el primer apartado del citado precepto se recogen aquellos criterios de carácter general que pueden ser considerados tanto atenuantes como agravantes en función de las circunstancias específicas del caso; y en los apartados segundo y tercero se enumeran aquellas circunstancias que, respectivamente, sólo pueden ser consideradas agravantes o atenuantes para la determinación de la sanción⁴².

Es conveniente tener en cuenta que la capacidad sancionadora de la CNMC deberá ser siempre respetuosa con el principio de proporcionalidad, al ser un criterio que debe orientar y limitar la discrecionalidad de la que goza la Autoridad en el ejercicio de su potestad sancionadora⁴³.

En concreto y en virtud del citado precepto, el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios⁴⁴:

- ***La dimensión y características del mercado afectado por la infracción***

El término de “dimensión” debe ser entendido desde una doble perspectiva, según los precedentes del TDC, la CNC y la CNMC. En relación a su contenido económico, cabe hacer una referencia a la “*Resolución del TDC Ambulancias Conquenses*”, en la que, al imponer la sanción, la Autoridad de competencia tuvo en cuenta la menor dimensión económica del mercado de servicios privados de transporte sanitario (frente al mercado de servicios públicos)”⁴⁵. En segundo lugar, en relación

⁴² MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1251 – 1252.

⁴³ El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

⁴⁴ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., págs. 1253 – 1269.

⁴⁵ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., pág. 1253. Concretamente, RTDC de 20 de junio de 2005, *Ambulancias Conquenses*, Exp. 595/05, FD 6º.

a su alcance geográfico, son varios los precedentes en los que la Autoridad de competencia ha observado tanto la existencia de una circunstancia atenuante por tratarse de un mercado de dimensión reducida como de una circunstancia agravante por tratarse de un mercado de amplia dimensión geográfica.

Por lo que respecta a las “características”, se puede llegar a imponer una sanción más elevada si la práctica restrictiva de la competencia o abusiva tiene lugar en un mercado recientemente liberalizado, si se produce con ocasión de la celebración de un concurso de adjudicación de un contrato público o si la conducta ha sido realizada “*por una empresa concesionaria en régimen de exclusiva de una infraestructura de servicio público*”⁴⁶.

- ***La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables***

De acuerdo con este criterio y en función de la cuota de mercado de la empresa infractora, la sanción podrá ser mayor o menor. En este sentido, la Resolución de la Autoridad de competencia *Aceites 2* puede tomarse como precedente y servir como ejemplo, pues la Autoridad de competencia considera como criterio determinante para fijar una cuantía más elevada de la sanción “[...] *las cuotas de mercado de las empresas imputadas, que es superior al 30% para el Grupo SOS CUÉTARA y muy elevada para las empresas minoristas imputadas*”. Por otro lado, uno de los criterios que justifican que la sanción tenga un importe más reducido es el hecho de que “*la cuota de mercado de las imputadas indica que su presencia en el mercado afectado no supera más de un tercio del mismo*”, tal y como aparece en la Resolución *Cajas Vascas y Navarras* del mismo Tribunal⁴⁷.

- ***El alcance de la infracción***

El alcance está vinculado con el grado de seguimiento y aplicación que haya tenido la conducta en concreto⁴⁸.

- ***La duración de la infracción***

⁴⁶ RTDC de 3 de abril de 2007 (AC 2007, 482), *Excursiones Puerto de Sóller*, Exp. 611/06, FD 7°.

⁴⁷ Para un análisis más detallado véase MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1254 – 1255.

⁴⁸ Un ejemplo claro puede observarse en la RTDC de 8 de enero de 2004 (AC 2004, 522), *Fedifar*, Exp. 553/03, FD 7°, en la que se consideró una circunstancia atenuante el hecho de que sólo un número limitado de los miembros de una asociación siguieran la recomendación colectiva de ésta.

Este criterio podrá considerarse como elemento agravante o atenuante en función de las circunstancias específicas del caso en concreto. Así, una larga duración de la conducta infractora hará que se considere como una agravante, mientras que una corta duración será considerada como una circunstancia atenuante.

Sin embargo, desde la adopción de la Comunicación sobre cuantificación de sanciones de la CNMC la duración no juega en puridad como una agravante o atenuante en los supuestos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC o 101 y 102 del TFUE, sino que lo hace como un elemento a tomar en consideración en el cálculo del importe básico de la multa. De esta manera, por ejemplo, es más habitual que en expedientes de cártel las empresas imputadas se esfuercen en acreditar ante la CNMC que su participación en las supuestas prácticas tuvo la menor duración posible.

- ***El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos***

Este criterio también podrá ser considerado como un elemento atenuante o agravante, en función de las circunstancias del caso concreto. La práctica de la Autoridad de competencia así lo acredita y en ella se observa como una circunstancia agravante el hecho de que una práctica restrictiva afectara a “*un producto básico en la dieta tradicional de los españoles y del consumo diario*”⁴⁹ (el pan). Más recientemente, la CNMC ha tomado en consideración, como circunstancia agravante, el hecho de que las prácticas restrictivas y denunciadas tengan efectos que se trasladen a los consumidores. De otra parte, también podemos encontrarnos con ejemplos que demuestran cómo una conducta, aunque contraria al artículo 1 de la LDC, no es sancionada porque el Tribunal considera que permitía a los consumidores y usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.

- ***Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción***

Este criterio es relevante para determinar el importe de la sanción cuantificando el beneficio ilícito obtenido por las empresas. Su finalidad es modular la multa, ya que si la sanción es demasiado alta en comparación con el beneficio ilícito obtenido

⁴⁹ RTDC de 18 de julio de 2006 (AC 2006, 1608), AFEPAN, Exp. 600/05, FD 7º.

durante la infracción, procederá realizar un ajuste de la sanción para asegurar la proporcionalidad. Todo ello para evitar que la sanción impuesta a empresas multiproducto pueda resultar desproporcionada si su facturación en el mercado afectado es muy reducida en comparación con su facturación global. No obstante, este importe se determina en ausencia de cualquier estudio económico sobre los efectos concretos de la conducta, mediante la aplicación de una mera presunción. Concretamente, la CNMC considera, como se observará más adelante en la práctica llevada a cabo por la CNMC a partir de la posición adoptada por el TS, que en el caso de las infracciones muy graves, este beneficio se situará por encima del 10% del volumen del mercado afectado por la conducta.

- ***Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables***

- **Circunstancias agravantes** (recogidas en el artículo 64.2 de la LDC):

- a) **La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley:** está referida al criterio de reiteración, que se encuentra expresamente previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 131.1 a). El TS se pronuncia al respecto y manifiesta que la LDC lo que pretende con esta previsión es desplazar por su cualificación de “*lex specialis*”, la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones establecidas en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, que recoge un criterio de reincidencia (distinto al de reiteración) y que delimita esta agravante por la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, siempre y cuando haya sido declarado por resolución firme⁵⁰. De acuerdo con la jurisprudencia del TS, para que concurra el requisito de reiteración es suficiente con que exista una Resolución de la Autoridad de competencia anterior que declare la existencia de una infracción de la LDC, sin que sea necesario que dicha Resolución sea firme en vía contencioso-administrativa. En este mismo sentido, el TS

⁵⁰ STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 2008 (RJ 2008, 2995), recurso 5861/2005, FD 6º.

afirma que no cabe descartar la concurrencia del requisito de reiteración por el hecho de que la infracción previa hubiera tenido lugar mucho tiempo antes.

No habrá concurrencia de esta circunstancia de reiteración cuando una misma compañía incurra en varias infracciones a las normas de competencia. La Autoridad de competencia, por ejemplo, considera que la inclusión en varios contratos de una misma cláusula de carácter restrictivo debe ser calificada como una única infracción continuada y, en consecuencia, no como una conducta reiterada o repetida que diera lugar a una circunstancia agravante de la sanción a imponer. Tampoco se calificará de reiteración una práctica contraria a las normas de competencia realizada por un miembro y no la asociación infractora.

b) La posición de responsable o instigador de la infracción: de acuerdo con la CNC y la CNMC, constituye una circunstancia agravante haber sido la empresa o la asociación que lideró las prácticas declaradas como restrictivas de la competencia o el hecho de que ciertas imputadas hubieran tenido participación en la conducta llevada a cabo más activamente que las demás.

c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas: se vincula con el hecho de forzar la aceptación de determinadas condiciones por las compañías, pero no sería constitutiva de esta circunstancia una supuesta colaboración a la destrucción, por ejemplo, de documentos por una empresa. Aunque en este último supuesto debe de valorarse el contexto en el que se produzca la conducta.

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 artículo 62: debe ser tenida en cuenta sin perjuicio de la consideración como infracción independiente, según lo dispuesto en el artículo 62 LDC. Así, por ejemplo, en la Resolución de la Autoridad de competencia *Fabricantes de Lencería*, de 12 de febrero de 1997 (AC 1997, 891), para la fijación de la sanción se tomó en cuenta expresamente los distintos grados de colaboración prestada por las partes en la tramitación del expediente.

Es conveniente saber que estas circunstancias no presentan un carácter exhaustivo, pues cabe que la CNMC pueda apreciar **otras posibles circunstancias agravantes** según las circunstancias específicas de cada supuesto concreto. Así, entre las circunstancias tomadas en consideración por la CNMC se encuentran, entre otras: la importancia que presenta para el cliente discriminado por una empresa en posición de dominio los servicios prestados por dicha empresa, la posición institucional y representatividad del sujeto que realizó la práctica anticompetitiva, el hecho de que la infractora fuera responsable de la organización y buen funcionamiento del mercado, la circunstancia de que la práctica afecte a una infraestructura que tiene naturaleza de servicio público o tenga un impacto negativo en el gasto público farmacéutico, el carácter de antiguo monopolista y monopolista *de facto* del infractor en un mercado de reciente liberalización y la pasividad mostrada por la empresa imputada. La CNMC ha considerado como circunstancias agravantes que no son tales, sino que se integran en el tipo de la infracción como, por ejemplo, el hecho de que la práctica restrictiva haya sido realizada por una empresa con posición de dominio o, en los casos de cártel, las prácticas de vigilancia, denuncia, retorsión y boicot a aquellas empresas que se distanciaran de éste.

○ **Circunstancias atenuantes** (recogidas en el artículo 64.3 de la LDC):

a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción: consiste en dejar de realizar conductas restrictivas, prácticas abusivas o en dejar de aplicar medidas objeto de un expediente sancionador, en cuanto se tiene conocimiento de que existen indicios de una infracción a la LDC.

b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas: en el ámbito, por ejemplo, de los contratos tipo contrarios a la competencia, no se debe imponer sanción alguna teniendo en cuenta la falta de aplicación del mismo.

c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado: se trata de casos en los que se llevan a cabo modificaciones tendentes a eliminar o mitigar los efectos de la práctica contraria a la LDC

d) La colaboración activa y efectiva con la Autoridad de competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del

importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley: la aportación de pruebas importantes sobre la realidad y la dimensión de la infracción por parte de una empresa imputada puede considerarse ejemplo claro de este criterio atenuante, pues esta cooperación efectiva puede motivar que el importe de la multa ascienda a un tercio de lo que le hubiera correspondido a dicha empresa por su cuota de mercado.

La AN incluye en la Sentencia *Hormigones Cántabros*, de 30 de junio de 2011, una referencia a los requisitos que se deben tener en cuenta para considerar que se ha producido una colaboración activa y efectiva con la CNMC:

- Que los documentos o la información se hayan aportado voluntariamente en respuesta a una solicitud de información y no hayan sido obtenidos como consecuencia de una inspección llevada a cabo por la Dirección de Investigación.
- Que la información solicitada exceda de la que está obligada a aportar, en virtud de la obligación del deber de colaboración del artículo 32 de la LDC.
- Que esa información sea relevante al ser insuficientes elementos de prueba obtenidos por medio de las comprobaciones para probar la infracción y para adoptar una decisión por la que se imponen multas.

La lista de circunstancias atenuantes, al igual que en el caso de las agravantes, no tiene carácter exhaustivo. Pues bien, nos podemos encontrar con distintos precedentes tanto del TDC como de la CNC que demuestran la existencia de **otras atenuantes** como son, por ejemplo: el hecho de que la Administración Pública interviniera respaldando la conducta infractora, la existencia de una situación de mercado atípica, el hecho de que la práctica infractora no haya sido el único factor que ha impedido una mayor liberalización del mercado, la circunstancia de que el infractor sea un nuevo entrante, con escasa capacidad para influir en el mercado; el hecho de que los usuarios hayan podido hacer uso de los productos objeto de la práctica abusiva, la circunstancia de que la empresa que ha cometido una práctica abusiva de posición de dominio llegara a un acuerdo con la empresa denunciante, el carácter novedoso y netamente distinto de las inspecciones de competencia sobre el

tipo de inspecciones a los que estaba habituada la empresa objeto de la inspección, el hecho de que uno de los fines de la conducta restrictiva fuera tratar de combatir el fraude en los medios de pago, así como la circunstancia de que el infractor no obtuviera ninguna ganancia ilícita con su conducta. Es conveniente hacer referencia a que la práctica de la CNMC también demuestra que se considerará como circunstancia atenuante el hecho de que la conducta se haya cometido negligentemente⁵¹.

2.3.2. *Reglas de reducción del importe de la multa*

La LDC prevé en su artículo 66 supuestos de reducción del importe de la multa que tienen la finalidad de incentivar a las empresas y a las personas físicas a aportar información sobre cárteles aun cuando éstas no puedan disfrutar de una exención (sistema de clemencia) en aplicación de lo dispuesto en el artículo 65. En cuanto a los beneficiarios y a las autoridades que gozan de competencia para conceder dicha reducción, son beneficiarios tanto las empresas como las personas físicas; y, por lo que respecta a las autoridades, están habilitadas tanto la CNMC como los órganos autonómicos de defensa de la competencia.

Para que se pueda llevar a cabo esta reducción son necesarios los siguientes **requisitos**⁵²:

- Que haya colaboración con la CNMC por parte del solicitante de la reducción de la multa.
- Que ponga fin a su participación en la infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba, salvo en el caso en que la CNMC estime conveniente o necesario que dicha participación continúe.
- Que no haya destrucción de elementos de prueba ni revelación a la intención de acogerse al programa de clemencia.

Resulta importante recordar que el artículo 64.3 d) de la LDC actúa como cláusula de cierre del artículo 66 para los casos en los que las empresas o personas físicas solicitantes de

⁵¹ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., págs. 1268 – 1269.

⁵² MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1300 - 1307.

la reducción de la cuantía de la multa no reúnan los requisitos necesarios para beneficiarse de dicha reducción. En estos supuestos, dichas empresas o personas físicas tendrán la posibilidad de que se considere como circunstancia atenuante el hecho de haber colaborado con la CNMC a la hora de imponer la sanción⁵³.

Para analizar detalladamente las **reglas para el cálculo de la reducción de la cuantía de la multa** hay que tener en cuenta, de entrada, que el porcentaje de reducción de la multa será distinto en función del orden de aportación de las pruebas. La primera empresa o persona física que presente las pruebas o facilite elementos de prueba y reúnan los requisitos antes mencionados se beneficiará de una reducción de la multa de entre el 30% y el 50% del importe de la misma, y la segunda se beneficiará de una reducción de entre el 20% y el 30%. Por lo que respecta a las sucesivas empresas o personas físicas, se podrán beneficiar de una reducción de hasta el 20%.

De acuerdo con la Comunicación de Clemencia, en el caso de que haya más de un solicitante de reducción, *“los elementos de prueba presentados por cada uno de ellos serán examinados atendiendo al orden de recepción de sus respectivas solicitudes, si bien cada banda de reducción sigue disponible para sucesivos solicitantes de reducción mientras los elementos de prueba presentados por el solicitante de reducción anterior no aporten valor añadido significativo”*⁵⁴. Además, también de acuerdo con dicha Comunicación y en línea con lo dispuesto en el artículo 64.3.d) de la LDC, la aplicación a una empresa o persona física de la reducción por clemencia excluye cualquier reducción adicional para la misma empresa o persona física.

Por lo que respecta al **porcentaje** de reducción que se aplica al solicitante, según el Consejo de la CNMC, uno de los principales elementos a tener en cuenta es el “reconocimiento expreso de la infracción”, ya que en relación a la jurisprudencia comunitaria procede aplicar una mayor reducción en el caso de reconocimiento de la existencia de la infracción frente a la mera aportación de elementos de prueba⁵⁵.

⁵³ “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 artículos 65 y 66 de esta Ley.” (Artículo 64.3 d) de la LDC).

⁵⁴ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1307.

⁵⁵ En estos mismos términos y con un análisis en profundidad: RCNC de 15 de octubre de 2012, Exportación de Sobres, EXP. S/0318/10, FD 7º.

En todo caso, se admitirá la reducción del importe de la multa aún en el supuesto de que la empresa hubiese adoptado medidas para obligar a las demás empresas a participar en el cártel. Pues bien, el presupuesto que habilita a una empresa o persona física a beneficiarse de la reducción de la cuantía de la multa que le correspondería por su participación en un cártel es que la misma facilite elementos de prueba que aporten un “*valor añadido significativo*” respecto de aquellos de los que ya disponga la CNMC. Por valor añadido significativo debe entenderse todo tipo de elementos que permitan a la CNMC aumentar su capacidad de probar los hechos de que se trate, bien sea por su naturaleza, por su nivel de detalle o por ambos conceptos⁵⁶.

Como otra regla a tener en cuenta, la reducción del importe de la multa debe producirse **tras la aplicación 10% de la facturación** como límite máximo⁵⁷, con el fin de evitar provocar la imposición de multas superiores.

De otra parte, la aportación por una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan identificar o establecer **hechos adicionales**⁵⁸ con repercusión directa en el importe de la multa será tenida en cuenta por la CNMC para fijar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física. Así, a las empresas que hayan aportado pruebas no se les aplicará el incremento del importe de la sanción que resulte aplicable de la acreditación de estos hechos adicionales.

Por último, hay que tener en cuenta que la reducción del pago de la multa tiene **carácter subsidiario** frente a la exención del pago del importe de la misma⁵⁹.

2.3.3. *Multas coercitivas*

El artículo 24 del Reglamento 1/2003 tiene como finalidad obligar a las empresas a que pongan fin a su conducta y con ello, a la infracción cometida. Por ello, confiere a la CNMC la potestad para imponer multas de hasta un 5% del volumen de negocios realizado

⁵⁶ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1307.

⁵⁷ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1307.

⁵⁸ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1308.

⁵⁹ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1311.

por las empresas o asociaciones de empresas por cada día que se retrasen en el cumplimiento de lo ordenado por la Comisión⁶⁰.

En esta línea, la LDC recoge un precepto dedicado a regular el régimen de las multas coercitivas, el artículo 67, en virtud del cual la CNMC podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos, multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día con el fin de obligarlas a cesar en una conducta prohibida, a deshacer una operación de concentración prohibida, a la remoción de los efectos por una conducta restrictiva de la competencia, al cumplimiento de lo ordenado o de las condiciones adoptadas en las resoluciones o acuerdos de la CNMC o el Consejo de Ministros y al cumplimiento del deber de colaboración y de las medidas cautelares.

A la vista de esta norma, son varias las conclusiones que podemos extraer para entender del porqué de una regulación de multas distintas a las sancionadoras.

Por lo que respecta al **importe**⁶¹, una de las principales novedades de la LDC en materia de multas coercitivas radica en el aumento de su cuantía, pues puede ascender a un importe de hasta 12.000 euros diarios. En materia de multas coercitivas no se han fijado normas que limiten la discrecionalidad de la CNMC en el ejercicio de sus competencias, a diferencia de lo que se dispone en los artículos 62 y 63 de la LDC, en los que se clasifican las infracciones como leves, graves o muy graves y se fija la cuantía de la multa en función de dichas categorías.

En cuanto a los **presupuestos**⁶² para la imposición de las multas coercitivas, la principal novedad que aportó la LDC fue la inclusión de los mismos en un único precepto, el artículo 67, lo que puso fin a la dispersión que existía en la regulación de las multas coercitivas en la LDC de 1989. Así, los presupuestos para la imposición de multas coercitivas estriban en el incumplimiento de las obligaciones previstas tanto en sus Acuerdos y Resoluciones como en los Acuerdos del Consejo de Ministros. El Acuerdo o la Resolución que acredite el incumplimiento de una obligación impondrá la multa coercitiva

⁶⁰ BENEYTO PÉREZ J. M., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Barcelona, 1ª Edición, 2005, Págs. 789 – 790.

⁶¹ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1312 – 1313.

⁶² MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1313 – 1314.

correspondiente, en función de los días de retraso en el cumplimiento y, en su caso, concederá a la empresa infractora un nuevo plazo para cumplir con la obligación.

En relación al **momento en el que nace la obligación**⁶³ de pago de las multas coercitivas, la LDC no recoge ninguna previsión al respecto. No obstante, a juicio de la AN, será necesario para que surja la obligación de pago de multas coercitivas que el acto cuyo cumplimiento se compele mediante la imposición de multas coercitivas sea ejecutivo en el momento de imponerse la multa, situación que no se daría mientras se encuentre pendiente de resolver la solicitud de suspensión cautelar de dicho acto por la AN. Por tanto, la obligación de ejecutar la Resolución nace el día siguiente a la fecha en la que es notificado a la empresa el Auto desestimatorio de su solicitud, sin la necesidad de que sea requerida previamente por la Administración.

2.3.4. *Condiciones de la prescripción de las infracciones y de las sanciones*

La regulación en materia de prescripción sufre una serie de cambios debidos a la novedad de graduar las infracciones y las sanciones. A diferencia del plazo de cuatro años de prescripción que con carácter general establecía el artículo 12 de la LDC de 1989, el artículo 68 de la LDC de 2007 diferencia tres tipos de plazos específicos: **para las infracciones muy graves, cuatro años; para las infracciones graves, dos años; y para las infracciones leves, un año**. Con carácter general, los plazos se empezarán a computar desde el día en que se hubiera cometido la infracción o desde el día en que se haya cesado en los supuestos de infracción continuada⁶⁴.

Como se hace mención en el título de este apartado, hay que diferenciar la prescripción de las infracciones de la prescripción de las sanciones.

En cuanto a las **infracciones**⁶⁵, el inicio del cómputo (*diez a quo*) del plazo de prescripción se producirá en la fecha en la que se cometa ésta. Ahora bien, en el caso de que se lleve a cabo una infracción continuada como, por ejemplo, podría ser el caso de carteles o acuerdos verticales que dan lugar a infracciones que se repiten en el tiempo, el inicio del

⁶³ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1314 – 1315.

⁶⁴ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1317 – 1318.

⁶⁵ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1318 – 1320.

cómputo del plazo tendrá lugar sólo en el momento en el que haya dejado de cometerse la infracción, lo que resulta en línea con la doctrina seguida por el anterior TDC. En línea con la jurisprudencia de la AN, para considerar que se ha cometido una infracción continuada es necesario que concurren una serie de elementos: 1) pluralidad de hechos diferenciales, 2) dolo unitario, 3) falta de autonomía entre las distintas acciones, 4) unidad de precepto infringido, 5) unidad de sujeto activo, y 6) homogeneidad de “*modus operandi*”. Por otra parte, en relación al principio de atribución de responsabilidad personal de las infracciones, se debe tomar en consideración a efectos de llevar a cabo el cómputo de la prescripción el periodo de tiempo cubierto por la participación de cada empresa en la conducta restrictiva y, por ende, imputada. Todo ello sin perjuicio de que otras empresas incoadas en el mismo expediente sancionador hubieran estado implicadas durante un mayor periodo de tiempo en una infracción.

En cuanto a las **sanciones**⁶⁶, el cómputo del plazo se inicia al día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. En el caso (que es lo más frecuente) de que se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución sancionadora de la Autoridad administrativa correspondiente (la CNMC), el plazo de prescripción de las sanciones empezará a contar desde que la Resolución administrativa haya alcanzado firmeza o haya sido definitivamente confirmada después de haberse resuelto, en su caso, la controversia judicial sobre su validez y eficacia. En todo caso, el concepto de firmeza que se recoge en la LDC y que ha sido confirmado por el TS, se refiere a que el plazo de prescripción de las sanciones comienza a correr desde el momento en el que la sanción devino firme en vía administrativa (no judicial), es decir, desde el momento en el que la Administración dispuso de la facultad de ejecutar la sanción.

Cabe hacer referencia a que el **cómputo del plazo de prescripción de la potestad para exigir el pago de las multas impuestas por CNMC** ha sido objeto de debate en aquellos supuestos en los que se ha presentado recurso contencioso, por cuanto la Comisión prefiere esperar hasta que la Resolución alcance firmeza en vía jurisdiccional para proceder a su ejecución. El problema radica, principalmente, en la falta de previsión tanto por el artículo 12 de la LDC de 1989 como por el artículo 68 de la LDC de 2007 de normas relativas al cómputo del plazo de prescripción de las sanciones impuestas, lo cual genera inseguridad

⁶⁶ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1320 – 1322.

sobre el *dies a quo* o fecha en que se inicia el cómputo del plazo de prescripción. En este sentido, es importante atender a la Resolución *Faconauto 2*, en la que se detalla la posición de adopta la Autoridad de competencia respecto de esta polémica⁶⁷.

La interpretación seguida por la CNMC versa en entender que es más favorable para los intereses de la Administración que el plazo de prescripción de la sanción impuesta por el mismo se inicia el día en que éste recibe de la AN la notificación de la firmeza de su Sentencia. Para la CNMC es necesario distinguir entre ejecutividad y firmeza de la Resolución con el fin de determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la sanción impuesta, pues se entiende que si el legislador hubiese querido afirmar la firmeza administrativa de la Resolución lo hubiese hecho⁶⁸. La Administración tiene atribuida la facultad de ejecutar la Resolución de la CNMC una vez que ésta hubiera alcanzado la firmeza administrativa, pero esto no quiere decir que necesariamente tenga que ser ejecutada cuando, habiendo sido recurrida y no consiguiendo la suspensión cautelar del pago de la sanción impuesta, la Administración aprecie, en atención a los daños que puede producir la ejecución de la sanción, menos grave para los intereses públicos y particulares esperar a la decisión de los Tribunales. Desde la perspectiva de la CNMC, esta interpretación no impide al sancionado de la posibilidad de solicitar la suspensión cautelar de la ejecutividad de la Resolución, ya que si la obtiene imposibilitaría a la Administración para ejercer su facultad de ejecución. Por tanto, dicha interpretación resulta beneficiosa para los intereses del administrado y, en concreto, permite actuar conforme al principio de tutela judicial efectiva y aportando mayor seguridad jurídica al procedimiento sancionador.

En definitiva, la Autoridad de competencia considera que el *dies a quo* del plazo de prescripción coincide con el día en que la AN notifica al Tribunal la firmeza de judicial de sus Sentencia y no cuando ésta es notificada a las partes y a la Administración a través de su representante procesal. Por tanto, se entiende que es el fallo de la Sentencia firme el que fija el ámbito y el contenido de la ejecución de la Administración, por lo que el *dies a quo* del plazo de prescripción de la sanción debe ser el día en que se notifique por el órgano jurisdiccional

⁶⁷ Resolución de 28 de diciembre de 2006, *Faconauto 2*, Exp. R 698/06 v. También Resolución 9 de julio de 2007, *Telefónica Móviles*, Exp. R 724/07 v.

⁶⁸ Así se establece en el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, en relación con los artículos 108 y 118 de la misma.

a la Autoridad de competencia la firmeza judicial de su resolución recurrida; y el *dies ad quem*, la Resolución de ejecución de la Sentencia firme posterior.

De otra parte, por lo que respecta a la **interrupción del plazo de prescripción**⁶⁹ de las infracciones y de las sanciones, el apartado tercero del artículo 68 de la LDC introduce una fórmula genérica en la que afirma que dicha interrupción se producirá con “*cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley*”, lo que implica que la interrupción del plazo de prescripción pueda tener lugar por actos de cualquier órgano de la Administración que disfrute de competencia para aplicar la LDC, esto es, la CNMC, cuando actúe como órgano competente para aplicar la LDC y los órganos autonómicos de defensa de la competencia. Por tanto, no causaría dicha interrupción la actuación de la CNMC cuando no actúe en condición de órgano competente, ni tampoco los actos de la Comisión Europea en la medida en la que sus competencias no concluyan la adopción de actos tendentes a hacer cumplir la LDC. Por último, por lo que se refiere al efecto principal de la interrupción de la prescripción de la infracción, debe entenderse como el inicio de un nuevo plazo íntegro de prescripción. Así, la interrupción de la prescripción produce como efecto el reinicio, no reanudación, del cómputo prescriptivo.

2.3.5. *Publicidad de las sanciones*

En virtud del artículo 69 de la LDC:

“Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida.”.

Parece claro que el principal objetivo del legislador con este precepto se enmarca en dotar de una mayor transparencia y seguridad jurídica las actuaciones llevadas a cabo en aplicación de la LDC. Pues bien, a través de ella se pretenden reforzar las posibilidades de prever el criterio por parte de la CNMC en cuestiones como, por ejemplo, determinar si una operación cumple con los umbrales de notificación obligatoria; o, si una cuestión por ser especialmente relevante, por ejemplo, en el ámbito de la actividad económica, debe ser puesta

⁶⁹ MASSAGUER, J. M., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1323 – 1325.

a conocimiento o en interés público. En este último caso, los elementos que habrán de ser objeto de conocimiento público, a saber: la cuantía de la sanción, el nombre del infractor y la infracción cometida⁷⁰.

En concreto, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo, serán publicados en la web de la CNMC los acuerdos, resoluciones e informes de este mismo organismo, si bien lo hace en desarrollo de lo previsto en el artículo 27 de la LDC (1989) anterior a la actualmente vigente. Pues bien, el artículo 27 prevé un régimen de publicidad mucho más amplio que el artículo 69 de la LDC. Mientras que este último precepto solo prevé la publicación de las Resoluciones de carácter sancionador, el artículo 27 de la LDC impone que se publiquen “todas” las resoluciones y acuerdos que se dicten en aplicación de esa Ley⁷¹.

En todo caso, la publicidad de las sanciones no tiene alcance ilimitado, ya que existen ciertas limitaciones en relación a la inclusión en las resoluciones de la CNMC de referencias a las declaraciones efectuadas por los solicitantes de clemencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 de la LDC⁷².

⁷⁰ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1326.

⁷¹ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1327.

⁷² En virtud de lo dispuesto en el artículo 65 de la LDC, se contempla la posibilidad de introducir el sistema de clemencia (explicado con anterioridad) a través de la posibilidad de eximir del pago de la multa, que supone una completa novedad en la legislación española de defensa de la competencia.

2.3.6. Exención del pago de la multa: sistema de clemencia

El artículo 65 de la LDC recoge una de las mayores novedades del sistema de protección de defensa de la competencia. Concretamente, estamos ante lo que se ha denominado “programa de clemencia”⁷³ o sistema de dispensa de la multa del que se beneficiaría aquella empresa que, habiendo sido participe de un cártel, denuncie su existencia y sea la primera en aportar pruebas o medios de prueba sustantivos para la investigación, pero siempre que haya cesado en su conducta infractora y no haya incitado u obligado a otras empresas a participar en la infracción⁷⁴.

Precisamente porque nos hallamos ante una novedad que otorga mayor seguridad jurídica al sistema sancionador, conviene hacer un análisis pormenorizado en materia de clemencia, a fin de conocer sus objetivos y ventajas a aportar en el marco de defensa de la competencia. Y, por último, resaltar algún ejemplo del desarrollo de este instrumento aplicado en la práctica por la CNMC⁷⁵.

Con la adopción de un programa de clemencia o “*leniency*” se incorpora a nuestro ordenamiento un método de detección y represión de cárteles que se ha considerado de máxima utilidad a nivel comunitario desde su implantación por la Comisión Europea en 1996. Conviene resaltar que la regulación a tener en cuenta en materia de clemencia se ve completada con la *Comunicación de 19 de junio de 2013 de la CNMC, sobre el Programa de Clemencia*, cuyo objetivo es “*contribuir a mejorar la transparencia y previsibilidad de su actuación en aquellos procedimientos sancionadores en los que se presenten solicitudes de exención del pago de la multa y/o reducción de su importe (solicitudes de clemencia)*”. En otras palabras, lo que pretende la Ley de 15/2007 es atribuir a la Autoridad de competencia nuevos instrumentos de investigación y, destacadamente, el programa de clemencia que permite la detección de más infracciones de cártel que en los años precedentes, es decir, el descubrimiento y sanción de infracciones muy graves y de larga duración.

⁷³ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1282 a 1299. En estos mismos términos debe observarse lo previsto en el artículo 66 de la LDC, que completa el régimen de clemencia y que viene explicado en el apartado siguiente.

⁷⁴ Boletín Oficial del Estado (BOE) número 196 de 16 de agosto de 2013. Disponible en <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/08/16/pdfs/BOE-A-2013-9017.pdf>> y también en <www.cnmc.es> [Consulta: 11 marzo 2017].

⁷⁵ Véase el apartado relativo a la práctica de la CNMC.

Adentrando en el funcionamiento de este programa, el primer apartado del artículo 65 de la LDC establece quienes podrán ser **beneficiarios**⁷⁶ del sistema de clemencia, distinguiendo tanto a las empresas como a las personas físicas. En esta línea, la Comunicación de Clemencia ha indicado que pueden tener la consideración de solicitantes de clemencia *“las empresas y las personas físicas a las que pueda ser atribuida responsabilidad por un cártel, estando expuestas a la sanción correspondiente, independientemente de si dicha responsabilidad deriva de la intervención directa en el mismo, de la influencia decisiva desplegada como matriz o si se trata de la empresa sucesora de la que originariamente participó en el cártel”*. Tanto la LDC como la CNMC siguen el mismo concepto de *“empresa”* entendiendo, así, cualquier persona que ejerza una actividad económica, con independencia de que se trate de una persona jurídica o física. No obstante, el principio de unidad económica permite que se amplíe la solicitud de clemencia o de exención del pago del importe de la multa por el Consejo de la CNMC cuando sea presentada por una filial, a su matriz y empresas hermanas tras haber sido incoado, posteriormente, expediente sancionador contra estas últimas. Respecto a las personas físicas, sólo pueden serlo aquellas que no ostenten la condición de *“empresa”*, en concreto, cabe pensar en las personas físicas como los representantes legales o directivos de una empresa que pueden ser objeto de sanciones de hasta 60.000 euros por formar parte de órganos de la empresa que hayan participado en la conducta infractora. En todo caso, de la exención o inmunidad total que se otorgue a la empresa se beneficiarán igualmente sus representantes legales y las personas integrantes de los órganos directivos, siempre que hayan colaborado con la CNMC. Sin embargo, al no preverse nada respecto al supuesto contrario, es decir, cuando sea el directivo el que solicite en nombre propio una exención de la multa que le correspondería en su condición de miembro del órgano que adoptó el acuerdo o decisión infractores, lo más lógico sería entender que la exención no beneficiaría a la empresa⁷⁷.

Esta interpretación podría hacer el sistema de clemencia más efectivo, pues lleva a que se incrementen las vías a través de las cuales un cártel puede ser puesto en conocimiento de la CNMC y la empresa infractora puede ser delatada no sólo por las otras empresas del cártel, sino también por sus propios directivos. Lo que la Comunicación de Clemencia si deja

⁷⁶ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1283 – 1286.

⁷⁷ Ahora bien, la redacción del apartado 15 de la Comunicación de Clemencia no es totalmente clara, ya que podría interpretarse en el sentido de que la CNMC considera que las personas físicas sólo pueden solicitar clemencia *“en nombre propio”* sin que dicha solicitud cubriera a la que pertenecen o representan.

claro es que no es admisible la presentación de una misma solicitud de clemencia por varias empresas o por varias personas físicas a la vez o por una asociación en nombre de sus asociados respecto de su participación en un mismo cártel. El solicitante de clemencia sólo podrá beneficiarse de la exención o reducción a título personal o por aquellos por los que pueda solicitarla, no pudiendo ser la asociación de la que éste forme parte. Por tanto, el solicitante de la exención del pago de la multa no podrá extender la exención de la responsabilidad que le pueda corresponder en relación con el pago de su multa respecto a hechos que haya podido llevar a cabo a una asociación de la que es miembro que ha sido sancionada en el marco del mismo expediente sancionador⁷⁸.

En cuanto a las **autoridades habilitadas**⁷⁹ para conceder la dispensa de la sanción, será la CNMC, aunque no hay impedimento para que los órganos autonómicos de defensa de la competencia sean competentes para poner en práctica programas de clemencia respecto de aquellos cárteles cuyos efectos se circunscriban al territorio de su Comunidad Autónoma. Sin embargo, no hay que olvidar que los órganos autonómicos no poseen la misma capacidad sancionadora que la CNMC.

Las **condiciones**⁸⁰ exigibles para el disfrute de la exención son cinco y todas ellas con carácter cumulativo y prácticamente iguales a las que impone la Comisión Europea en su Comunicación de 1996:

- La solicitante debe ser la primera en aportar pruebas o elementos de prueba que, a juicio de la CNMC, permitan ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel o le permitan verificar la existencia de una infracción del artículo 1 de LDC en relación con un cártel. A modo de ejemplo y para determinar la concesión o no de la exención, el Consejo de la CNMC se ha pronunciado en su Resolución en el asunto *Fabricantes de Gel* afirmando que “no se encuentra es establecer el orden de presentación (...), pues este está claramente regulado en la norma, sino en si la infracción aportada sirve para ordenar una inspección o para probar una infracción”. De manera que si dos empresas presentan solicitudes de exención del pago de la multa el mismo día, cumpliendo con el primero de los requisitos (aportar pruebas suficientes), el elemento que

⁷⁸ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1286.

⁷⁹ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Pág. 1286.

⁸⁰ MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, cit., Págs. 1286 – 1293.

determinará qué empresa recibe la exención dependerá únicamente del orden de presentación de sus respectivas solicitudes.

Pero al tener la reducción del importe de la multa carácter subsidiario, nada impide que la empresa que haya visto rechazada su solicitud de exención pueda beneficiarse de aquella, siempre que hubiera hecho referencia en su solicitud de clemencia al precepto en el que se recoge, que no es otro que el artículo 66 de la LDC.

- La solicitante debe mostrar cooperación plena con la CNMC. Condición que se entenderá cumplida cuando el solicitante reúna los siguientes requisitos:
 - Facilite sin dilación toda la información y los elementos de prueba relacionados con el presunto cártel a la Dirección de Competencia.
 - Quede a disposición de la Dirección de Competencia para responder sin demora a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos.
 - Se abstenga de destruir u ocultar información o elementos de prueba relevantes relativos al presunto cártel.
 - Se abstenga de divulgar la presentación de la solicitud de exención o reducción del importe de la multa, así como el contenido de la misma, antes de la notificación del pliego de concreción de hechos o del momento que se acuerde con la Dirección de Competencia.
- La empresa solicitante de exención deberá haber cesado en la participación en el cártel en el momento en que se faciliten los elementos de prueba.
- La empresa solicitante no puede haber destruido, falsificado u ocultado elementos de prueba desde el momento en que la misma contempla la presentación de la solicitud de clemencia.
- La empresa solicitante no puede haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción. En este sentido, el Consejo de la CNMC consideró en su Resolución *Sobres de Papel* que el hecho de que la

empresa infractora haya podido tener un papel más activo e incluso haber podido adoptar medidas para facilitar que otras empresas participasen en el cártel no es suficiente para considerar que la empresa ha incumplido la obligación prevista en el artículo 65.2 de la LDC siempre que no se haya *“coaccionado o violentado (física o económicamente) a las demás empresas integradas en el mismo”*.

2. PRÁCTICA: MULTAS EN ESPAÑA

2.1. En la CNMC

La aplicación del Derecho de defensa de la competencia en España está siendo arriesgada en el plano institucional e inestable en el ámbito de la potestad sancionadora⁸¹. En este último aspecto, cabe recordar que el TS ha declarado contrario al derecho español, concretamente al principio de legalidad sancionadora, la metodología de cálculo utilizada por la CNMC y la ha sustituido por otra metodología que exalta el principio de proporcionalidad respecto de la capacidad de pago del infractor, a costa de la proporcionalidad de la multa con la gravedad de la infracción y los demás principios que deben regir la potestad sancionadora, esto es, los principios de eficacia, remuneración y disuasión⁸².

Insistiendo en lo dicho, la Comunicación de las multas de 2009 no ha sido confirmada por los tribunales en los procedimientos jurisdiccionales de revisión y casación de las resoluciones, primero de la CNC y luego de la CNMC⁸³. En primer término, la AN consideró nulas las resoluciones de la Autoridad de competencia por contrarias al principio de proporcionalidad en materia sancionadora y, nulidad que se motivó por la excesiva cuantía de las multas impuestas por aquella⁸⁴. Y, en segundo término, la AN cuestionó y anuló la propia metodología utilizada por la Autoridad de competencia para el cálculo de las multas, planteando una nueva metodología de cálculo que ha sido confirmada por el TS, aunque con algunos matices. Por ello, la CNMC ha tenido que formular una nueva metodología de cálculo de las multas conforme a la interpretación de los principios de legalidad,

⁸¹ MARCOS, f., “Incontinencia judicial en defensa de la competencia”, *La Ley Mercantil*, nº 26, junio 2016, págs. 1 – 11.

⁸² COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, cit., pág. 1.

⁸³ COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, cit., pág. 2.

⁸⁴ Roj. SAN 2745/2013 – ECLI:ES:AN:2013:2745. Esta sentencia resuelve el recurso interpuesto por una empresa sancionada – Emilio Lustau, SA – a la Resolución de la CNMC de 28 de julio de 2010, Exp. S/009/08 *Vinos Finos de Jerez*.

proporcionalidad y disuasión, que es la que ha venido aplicando en sus últimas resoluciones desde la Resolución *Industrias Lácteas 2*⁸⁵.

Es posible mantener que la metodología aplicada por la CNMC respeta, en los casos de cártel, la exigencia del TS de tener en cuenta los tres porcentajes del artículo 63.1 de la LDC como cifra máxima de cada una de las tres escalas sancionadoras, a partir de la cual y hacia abajo se debe individualizar la multa en atención a los criterios previstos en el artículo 64 de la LDC⁸⁶. Sin embargo, el análisis de las resoluciones demuestran que la principal tara del método de cálculo que sigue la CNMC estriba en la falta de capacidad disuasoria de las multas que, en general, se están imponiendo específicamente en materia de infracciones de cártel con el sucesivo riesgo para la efectividad global del sistema de defensa de la competencia en España.

La CNMC ha demostrado en sus resoluciones que la multa no se calcula sobre el volumen global de negocios de la empresa infractora en el año anterior al de imposición de la multa, aunque éste es un problema que se debería imputar más bien a la doctrina del TS, ya que no es posible calcular la multa de arriba hacia abajo con las reglas del régimen sancionador de la LDC. Así pues, en los casos en los que las empresas de cártel son monoproducción y las empresas más grandes tienen mayor cuota de participación en la infracción, la metodología de la CNMC hace posible que haya una compatibilidad entre los principios de disuasión y proporcionalidad de la sanción en relación al beneficio ilícito o al daño causado, a condición de que se lleve a cabo una valoración realista de la gravedad de la infracción. Por el contrario, podría provocar la vulneración, a juicio del TS, tanto del principio de proporcionalidad como de igualdad de trato la existencia de empresas monoproducción y multiproducción concurrentes en la misma infracción aunque con una cuota de participación en la conducta pareja⁸⁷.

Para paliar estos efectos, la CNMC establece tipos sancionadores reducidos con el objeto de preservar la naturaleza del porcentaje del art. 63.1 de la LDC y, con el objeto de garantizar el principio de igualdad de trato, hace un ajuste de proporcionalidad respecto a la capacidad económica del infractor, lo que lleva a que se produzca una reducción del tipo

⁸⁵ Resolución de 26 de febrero de 2015, *Industrias Lácteas 2*, Exp. S/0425/12.

⁸⁶ COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, cit., pág. 40.

⁸⁷ COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, cit., pág. 40.

sancionador final que le habría correspondido conforme a la gravedad de la infracción por la empresa multiproducto⁸⁸. Las consecuencias fundamentales de esta política sancionadora son la reducción del tipo sancionador y la disminución de la dispersión entre los tipos sancionadores finales. Como se ha dicho a lo largo de este trabajo, la metodología de la CNMC presenta un sesgo a la baja por contraposición al sesgo al alza imputado por el TS a la metodología de la Comunicación de multas de 2009, y es que en sus propias resoluciones sancionadoras se afirma que las sanciones “*no corren el riesgo de ser desproporcionadas*”, ya que se encuentran por debajo del límite de proporcionalidad, pues bien *el beneficio ilícito potencial estimado más probable es más de doce veces la multa que se propone imponer a las empresas infractoras, lo que implica que las sanciones no corren el riesgo de ser desproporcionadas*”.

En base a esta afirmación, se pueden considerar **carteles duros** aquellos de larga duración, con cuotas de mercado del 100% o cercanas, con sustanciales efectos acreditados en el nivel de precios y, por ende, con efectos apreciables sobre los consumidores, sobre el contribuyente y sobre el gasto público⁸⁹. En este sentido, es destacable la resolución de la Sala Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia de 15 de Diciembre de 2016⁹⁰ que revela la existencia de un **cártel** de once **empresas de fotografía en el mercado de las orlas universitarias** que afectó a 156.349 alumnos, a lo largo de casi quince años (2001 a 2015), con un volumen de negocios afectado de 3 millones de euros. Estamos ante una Resolución que puede ser considerada como una autentica caja de sorpresas. En primer lugar, por la existencia de un cártel en ese mercado y con entidad suficiente como para afectar al interés público y motivar una investigación y decisión de la CNMC; en segundo lugar, el importe de la multa solo alcanza 11.979 euros (donde no se tienen en cuenta 2.083 euros de la multa por la existencia de beneficiario de clemencia), importe que se considera “ridículo”⁹¹, dado que estamos ante una de las infracciones más graves a la LDC; y, en tercer lugar, por el contenido del voto particular en el que se estima que el volumen de negocios afectado por el cártel habría sido menos de la mitad del que sostiene la mayoría (en concreto, 1.217.329

⁸⁸ RCNMC de 26 de febrero de 2015, Exp. S/0425/12, *Industrias Lácteas 2*, donde en función de la densidad antijurídica la infracción se sitúa en el grado medio y los tipos sancionadores finales oscilan entre el 0.10 y el 3.3%. igual efecto se produce en la RCNMC de 18 de junio de 2015, Exp. S/0469/13, *Fabricantes de papel y cartón ondulado*.

⁸⁹ COSTAS COMESAÑA, Julio. “El procedimiento sancionador. Las multas”, cit., págs. 39-46.

⁹⁰ RCNMC, de 15 de diciembre de 2016, S/DC/0538/14, *Servicios Fotográficos*, sin ponente.

⁹¹ En estos términos se puede visitar: Nada es gratis (España) *El cártel de las orlas*. [en línea] MARCOS, Francisco <nadaesgratis.es/admin/el-cartel-de-las-orlas> [Consulta: 20 de marzo de 2017].

euros) y que la multa debería haber sido de menos de la mitad de la impuesta también por la mayoría (en concreto, 5.538,79 euros).

Sin embargo, no es la primera vez que la CNMC incoa un expediente a partir de la denuncia de prácticas anticompetitivas y de hecho se puede nombrar un caso que se da en el mercado de los juegos de cartas de fantasía⁹², donde la falta de prueba de una gran parte de las conductas denunciadas y una definición discutible del mercado relevante llevan a que el interés público fuera más cuestionable, aunque también en este caso el importe de la multa era minúsculo (7.667 euros).

Ahora bien, interesa detallar más la Resolución sobre el cártel de las orlas, ya que a raíz de la misma se abordan distintos puntos que ponen de relieve la mecánica de la CNMC y su interpretación por el TS. Para saber si las sanciones impuestas a este cártel son proporcionadas, conviene tener en cuenta el artículo 63.1 de la LDC por el que se establece que el importe de las multas por este tipo de conductas no puede exceder del “*diez por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*”. En este caso, los cartelistas eran pequeñas empresas y autónomos con volúmenes de negocios pequeños, lo que obviamente limita el importe de cualquier sanción. Pero lo que no resulta normal es que la Sala de Competencia llega a establecer como tipo sancionador global en el expediente el 3,5% cuando, en realidad, debería alcanzar el 4,80%, sobre todo porque estamos ante un cártel de larga duración, con numerosos afectados, territorio amplio afectado, con medidas de control para evitar defecciones e invitando a otras empresas a participar o a incorporarse en la actividad. Lo que se cuestiona, en definitiva, es que el importe de la multa que se le impone a este cártel, al tratarse de una de las infracciones más graves, no se aproxime al 10% del volumen de negocios en el ejercicio anterior y que dicho importe sea equivalente a 7 céntimos de euro por cada alumno, constituyendo una cifra que demuestra la minúscula cuantía de la multa impuesta. Y se cuestiona porque es difícil pensar que el importe de las multas impuestas no haya compensado con creces los beneficios obtenidos por los cartelistas y porque no se atiende a un mandato del legislador vinculado con la necesidad de que el importe de la multa sea lo suficientemente elevado para que la comisión de la infracción no compense al infractor. En otras palabras, “*El establecimiento de sanciones*

⁹² RCNC de 18 de octubre de 2012, S/0309/10, *Devir Iberia*, ponente J. Costas.

*pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas*⁹³.

Por lo que respecta a la doctrina del TS, tras su Sentencia de 29 de enero de 2015, la preocupación de la CNMC por salvaguardar el principio de proporcionalidad ha llevado a descuidar la efectividad y suficiencia de las multas hasta extremos insólitos. En este sentido, no se cumplen las mínimas exigencias de disuasión y eficacia a la hora de imponer multas y en el caso concreto del cártel de las orlas es posible cuestionar, además, la finalidad y el sentido del programa de clemencia. Lo absurdo de esta situación es que el importe de las multas es tan minúsculo que seguramente los costes del asesoramiento legal de cualquiera de las sanciones fueran superiores al importe de la multa⁹⁴.

Para entender mejor este paradigma, obsérvese en los dos cuadros⁹⁵ la comparación de las multas impuestas y las que deberían haber sido impuestas:

MULTAS IMPUESTAS EL CÁRTEL DE LAS ORLAS

Empresas cartelistas	Multa Impuesta (€)	Multa Voto particular (€)
BERINGOLA	1.033	503,10
CUM LAUDE (Clemente)	2.083 (perdonada)	1.421,05
ÉLITE	2.794	952,00
ORLA MAGNA	3.129	1.821,06
FOTORLA	1.209	490,26
ALPHAORLA	1.744	917,26
DIGITAL ORLAS	1.037	855,11
Total	11.979	5.538,79

⁹³ Nada es gratis (España) *El cártel de las orlas*. [en línea] MARCOS, Francisco <nadaesgratis.es/admin/el-cartel-de-las-orlas> [Consulta: 5 de mayo de 2017].

⁹⁴ Nada es gratis (España) *El cártel de las orlas*, cit.

⁹⁵ Nada es gratis (España) *El cártel de las orlas*, cit.

VOLUMEN DE NEGOCIOS DE LAS CARTELISTAS Y MULTAS AL 10%

Empresas cartelistas	Volumen de negocios 2015 (€)	10% Volumen
BERINGOLA	27.176	2717,6
CUM LAUDE (Clemente)	47.349	4734,9
ÉLITE	79.815	7981,5
ORLA MAGNA	65.194	6419,4
FOTORLA	34.530	3453,0
ALPHAORLA	43.593	4359,3
DIGITAL ORLAS	46.717	4671,7

Tres son los planteamientos que se pueden abordar a partir de la observación de este análisis comparativo. Por un lado, parece que no tiene mucho sentido que el beneficiario de la clemencia la haya solicitado para ahorrarse 2.083 euros. Por otro, aunque aproximar las multas al del 10% del volumen de negocios las habría casi duplicado, y aunque seguirían sin tener fuerza disuasoria, justificarían los recursos empleados y salvarían la imagen de eficacia y disuasión de las multas y de la CNMC. Y por último, teniendo en cuenta la anterior definición de cárteles duros y su presencia en la Resolución que nos ocupa (sobre el cartel de las orlas), cabe preguntarnos ¿Cómo es posible que un cartel que cumpla con todas las características para ser considerado como duro no se haya situado en el tramo superior de la escala del artículo 63.1 c) de la LDC?⁹⁶

Para atender a estos planteamientos dentro de los límites que marca la doctrina del TS, en primer lugar, el proceso de cálculo de la multa debe tener en cuenta que las sanciones administrativas deben tener un doble objetivo punitivo y disuasorio, de ahí que salvaguardando el principio de proporcionalidad el artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas exija que las sanciones pecuniarias se establezcan a un nivel que “*la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas*” y, para ello “*se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción*”⁹⁷. Gravedad que viene determinada por el daño social causado y por el beneficio ilícito conseguido. Lo que lleva a entender que la proporcionalidad de las sanciones se predica tanto respecto de la densidad antijurídica de la conducta realizada

⁹⁶ Nada es gratis (España) *El cartel de las orlas*. [en línea] MARCOS, Francisco <nadaesgratis.es/admin/el-cartel-de-las-orlas> [Consulta: 5 de mayo de 2017].

⁹⁷ COSTAS COMESAÑA, Julio. “El procedimiento sancionador. Las multas”, cit., pág. 44.

como de que el carácter de la misma sea disuasorio, carácter que no es atribuible a las sanciones civiles de daños derivados de infracciones *antitrust* por no ser de naturaleza punitiva sino resarcitoria del daño causado a una determinada persona, y sólo en este sentido se puede entender que contribuye a la eficacia del sistema de defensa de la competencia.

En segundo lugar, el TS exige una obligación de resultado que se alcanza tras aplicar los criterios de graduación e individualización de la multa del artículo 64 de la LDC concurrentes en el caso. Se trata, pues, de determinar la densidad antijurídica que puede ser diferente para los distintos sujetos infractores. En esta línea, la Autoridad de competencia debería valorar en los casos de cártel la probabilidad de detección y sanción a cada sujeto concreto según su participación en el cártel y, con el objeto de que las multas sigan siendo el principal instrumento disuasorio, no debe renunciar al incremento de su cuantía dentro de los límites que impone el principio de proporcionalidad⁹⁸.

Aunque ésta sea una conclusión adecuada y que a simple vista hace posible mejorar el funcionamiento y la mecánica de la CNMC teniendo en cuenta la doctrina del TS, en las conclusiones finales de este trabajo, se detallarán las cuestiones que pueden llevar a un régimen sancionador más estable y respetuoso con los principios básicos del mismo.

⁹⁸ COSTAS COMESAÑA, Julio. “El procedimiento sancionador. Las multas”, cit., pág. 45.

2.2. Posición del TS

Siguiendo la interpretación del TS en relación a la práctica de la CNMC, conviene hacer una valoración exhaustiva de la posición del TS con el objeto de identificar los puntos de mejora que aporta al actual régimen sancionador en el marco de defensa de la competencia.

El 29 de enero de 2015 la Sala de lo contencioso-administrativo del TS dictó sentencia (STS 112/2015) en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AN de 24 de junio de 2013 (SAN 2876/2013), por la que se anulaba la Resolución de la CNMC, de 1 de diciembre de 2011 (S/0269/10, *Transitarios 2*), e instaba a la misma a realizar un nuevo cálculo de la multa impuesta a BCN Aduanas y Transportes S.A.

La sentencia del TS es el primer fallo del Alto Tribunal en recurso contra las sentencias de la AN, y aclara la interpretación que debe darse a las normas de la LDC (15/2007) sobre el cálculo de las multas. Su adopción puso fin a la controversia entre la CNMC y la AN respecto de los criterios aplicables para la determinación de las sanciones en materia de defensa de la competencia, donde el principal debate se centraba en determinar cuál era la interpretación que debía realizarse de los porcentajes máximos fijados en el artículo 63 de la LDC. De ahí que se pueda considerar que esta sentencia va un paso más allá al cuestionar no solo la concreta multa, sino también la metodología utilizada por la CNMC para el cálculo de las sanciones. En el ámbito del principio de proporcionalidad, el TS clarifica en esta sentencia dos puntos clave⁹⁹:

- En primer lugar, que el límite máximo del 10% del volumen de negocios anual de las empresas sancionadas previsto en el artículo 63.1 LDC se configura como el límite máximo del arco sancionador aplicable, es decir, que el porcentaje del volumen de negocios debe ser utilizado como el límite máximo del arco sancionador dentro del cual se ha de situar la multa dependiendo de la gravedad de la conducta.

⁹⁹ Esta posición ya ha sido confirmada en sentencias posteriores del TS. Así, se ha declarado en las sentencias de 3 de febrero de 2015 (nº de recurso 1567/2014) y 27 de febrero de 2015 (nº de recurso 498/2014). En estos mismos términos, la sentencia de la AN de 20 de febrero de 2015 (nº de recurso 139/2012), que revela la aplicación tanto el TS como la AN esta doctrina en los procesos judiciales pendientes en los que se revisan resoluciones sancionadoras de la CNMC.

- En segundo lugar, que este porcentaje se debe calcular sobre el volumen de negocios total de la empresa sancionada y no únicamente al volumen de negocios de la empresa sancionada en el mercado afectado por la infracción.

Conviene ahora analizar los motivos que llevan al TS a alcanzar tal conclusión. Respecto a la naturaleza del porcentaje del volumen de negocios como límite máximo que define un arco sancionador en el que ha de operar el principio de proporcionalidad, el TS analiza en la sentencia si este límite debe operar como un tope máximo o si debe considerarse como el límite máximo del arco sancionador aplicable, en el cual debe determinarse la infracción en función de la gravedad de la conducta¹⁰⁰. Basándonos en que el límite legal era considerado un simple “umbral de nivelación”, la aplicación de la Comunicación sobre Cuantificación de las sanciones de la CNMC había resultado, en la práctica y en numerosos casos, en importes superiores al límite del 10% del volumen de negocios. El TS entiende, sobre esta cuestión, que el importe final de la sanción deberá situarse entre el 0% y el 10% conforme al principio de proporcionalidad. De ahí que afirme que estos porcentajes precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles 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 infracciones¹⁰¹.

Por este razonamiento es que el TS afirma que la metodóloga de la Comunicación no solo es contraria a la LDC, sino también al Derecho administrativo y constitucional español. Pues bien, entiende que dichos porcentajes no constituyen un mero “umbral de nivelación” en ausencia de valores máximos y mínimos en los que se pudiera fijar la multa, pues esto sería contrario al principio de tipicidad. En este sentido, parece que la tesis del TS se ajusta al principio de legalidad sancionadora previsto en el artículo 25.1 de la CE, en virtud del cual entiende que no puede existir en el ordenamiento jurídico español un sistema donde el legislador no haya establecido la sanción máxima correspondiente a la gravedad máxima y

¹⁰⁰ MENÉNDEZ, Uría. “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”, cit., pág. 111.

¹⁰¹ MENÉNDEZ, Uría. “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”, cit., pág. 112.

que tal configuración quede deferida a una decisión administrativa sin fuerza de ley. En definitiva, el TS declara expresamente la imposibilidad de interpretar los límites fijados en la Ley 15/2007 como meros umbrales de nivelación, ya que ello llevaría a una interpretación de la Ley contraria a la Constitución y, por ello, manifiesta que el método de cálculo de las sanciones aplicado por la autoridad de competencia en España deberá ser modificado para cumplir con el principio de proporcionalidad¹⁰².

Respecto a la consideración del volumen de negocios total sobre el que debe aplicarse el porcentaje correspondiente, la CNMC ha considerado que está referida al volumen de negocios global de la entidad y no se limita al volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción. Sin embargo, la AN ha cuestionado este criterio en varias sentencias¹⁰³ que la llevan a considerar que el límite máximo de la sanción debía calcularse sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción, excluyendo las ventas en mercados no vinculados con la infracción. La AN entendía que la observancia del principio de proporcionalidad debía implicar 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 que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción”*, con lo cual se considera que las normas de defensa de la competencia pretendían limitar la sanción a los ámbitos de la actividad donde los ingresos del infractor se hubieran visto afectados por la conducta restrictiva¹⁰⁴.

Esta cuestión, como se ha explicado anteriormente, es especialmente interesante en aquellos supuestos en los que la entidad sancionada es una empresa multiproducto o perteneciente a un grupo multinacional, ya que la consideración de las ventas totales de la entidad sancionada permite aumentar exponencialmente el importe de las sanciones, pues las normas de defensa de la competencia permiten considerar responsables no solo a la entidad

¹⁰² MENÉNDEZ, Uría. “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”, cit., pág. 112.

¹⁰³ Sentencias de 6 de marzo de 2013 (rec. n° 619/2010); 7 de marzo de 2013 (rec. n° 535/2010); 8 de marzo de 2013 (rec. n° 540/2010) y 10 de abril de 2013 (rec. n° 622/2010).

¹⁰⁴ MENÉNDEZ, Uría. “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”, cit., pág. 113.

legal que ha cometido la infracción, sino también a cualquier entidad que estuviera en posición de ejercer control sobre ella¹⁰⁵.

En esta línea, el TS aclara que las ventas en el mercado afectado por la infracción son uno de los criterios que deben tenerse en cuenta con el fin de que haya una correcta aplicación del principio de proporcionalidad, aunque no constituya el límite máximo. Por ello, se puede producir una vulneración del principio de proporcionalidad si la sanción impuesta no es proporcional a las ventas en el mercado afectado. La CNMC debe tomar en consideración tanto los criterios aritméticos y los establecidos en la Comunicación sobre multas como otros relacionados con la gravedad de la infracción, la cuota del mercado de las empresas sancionadas, el ámbito de la infracción, así como los efectos y el beneficio ilícito obtenido, entre otros criterios contenidos expresamente en la Ley 15/2007¹⁰⁶.

Conviene aquí, una vez vista la práctica de la CNMC y de la posición que adopta el TS, hacer referencia a la aplicación por la CNMC de los criterios fijados por el TS. La CNMC ha aplicado los criterios fijados por el TS en varias decisiones recientes en las que ha impuesto sanciones por infracciones de las normas de defensa de la competencia como, por ejemplo, las decisiones recaídas en los asuntos *Industrias Lácteas 2* o *Concesionarios*¹⁰⁷, en los que afirma que no procede la aplicación de la Comunicación sobre cuantificación de las sanciones de la CNMC, por lo que debe reconsiderar el método anteriormente seguido para la determinación de las sanciones. La CNMC declara que la sanción deberá fijarse conforme a los criterios previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007, permitiendo la concreción en cada caso, mediante la determinación de la densidad antijurídica de la conducta infractora, determinar el porcentaje del que, dentro del mínimo y máximo (10%) de la escala sancionadora prevista en la Ley, queda partir para, posteriormente, individualizar la sanción correspondiente a cada sujeto responsable. En esta determinación, *“conviene tomar en consideración los factores generales o globales de la conducta, dejando para un posterior análisis y concreción (individualización) los factores*

¹⁰⁵ MENÉNDEZ, Uría. “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”, cit., pág. 113.

¹⁰⁶ MENÉNDEZ, Uría. “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”, cit., pág. 114.

¹⁰⁷ Resoluciones de la CNMC de 3 de marzo de 2015, expediente S/452/12, *Industrias Lácteas*; y de 30 de marzo de 2015, expediente S/0487/13, *Concesionarios Land Rover*.

*específicos referentes a la conducta de cada uno de los infractores, incluidas, en su caso, circunstancias agravantes y atenuantes de carácter individual*¹⁰⁸.

Concretamente, la CNMC va a tener en consideración una serie de factores o criterios a partir de los cuales va a determinar la gravedad de la conducta y si el porcentaje a aplicar debe situarse en el tramo bajo, medio o alto del arco sancionador. Entre los factores mencionados por la CNMC en estas resoluciones para determinar la densidad antijurídica de la conducta, se comprenden: la cuota de mercado de las empresas participes en la infracción, el tipo de conducta sancionada, el alcance de la infracción, las características del mercado afectado y la duración de la infracción. Posteriormente, refiriéndose a la cuota de mercado, la duración de la infracción de cada una de las empresas sancionadas y el valor de sus ventas en el mercado afectado, procede a individualizar la sanción a cada empresa. Otro factor relevante para determinar el importe de la sanción es la cuantificación del beneficio ilícito obtenido por las empresas, cuya finalidad es modular la multa, pues en el caso de que la sanción sea muy alta en comparación con dicho beneficio, se debe realizar un ajuste de la sanción para asegurar la proporcionalidad. Con ello se pretende evitar que la sanción impuesta a empresas multiproducto resulte desproporcionada si su facturación en el mercado afectado es muy reducida en comparación con su facturación global. En relación a todos estos criterios, la CNMC determina un porcentaje que, aplicado sobre el volumen total de las ventas de cada empresa, permitirá calcular el importe de la sanción.

Sin embargo, esta nueva metodología aplicada por la CNMC para la determinación del importe de las sanciones suscita gran inseguridad¹⁰⁹, ya que no permite a las compañías predecir el importe de la multa que pueda ser impuesta. Incluso las compañías sancionadas ni siquiera pueden reproducir los cálculos realizados por la CNMC con el fin de comprobar si el importe de la sanción es o no proporcionado, pues la CNMC no explica en su resolución cuál es el peso de cada uno de los factores o criterios tenidos en cuenta. En este sentido, las empresas, tampoco pueden valorar si se ha individualizado de forma correcta su situación a la hora de imponer la sanción, puesto que carecen de elementos de comparación. Por lo que

¹⁰⁸ MENÉNDEZ, Uría. “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”, cit., pág.114.

¹⁰⁹ MENÉNDEZ, Uría. “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”, cit., pág. 114.

nos encontramos con defectos que deben ser objeto de revisión a fin de otorgar mayor estabilidad al sistema sancionador aplicado por la autoridad de competencia.

2.3. Visión de futuro de las sanciones antitrust en España

A partir de la nueva línea jurisprudencial del TS adoptada en su sentencia de 29 de enero de 2015 se empieza a predecir un futuro positivo para las multas *antitrust* en España. La sentencia tiene un impacto positivo sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de las autoridades de defensa de la competencia, que sale reforzada en sus fundamentos y en los principales parámetros que habrán de seguirse en su cálculo. Desafortunadamente, la sentencia elimina cualquier atisbo de previsibilidad y certidumbre para el cálculo de las multas, y reinstaura el perjuicio anti-economicista del que el TS ya había hecho gala en el pasado, que se aleja de las fórmulas y ecuaciones matemáticas para la estimación del importe de las sanciones, salvo que el legislador las insertara en la LDC misma. En cualquier caso, y aunque ello pueda militar contra la seguridad jurídica, seguramente aumenta el carácter disuasorio de la política sancionadora de las autoridades de competencia, produciendo un efecto quizás no deseado, aunque parece que la práctica de la CNMC desmiente esta predicción final¹¹⁰.

No obstante, como todo futuro, podemos encontrarnos con expectativas tanto ventajosas como conflictivas. Es cierto que dicha sentencia confirma los límites sustanciales del sistema sancionador contemplado en la LDC y que establecían los principales márgenes en los que las autoridades de defensa de la competencia podían desenvolverse o ejercitar sus potestades sancionadoras. Sin embargo, no todo son buenas noticias y el TS ha terminado por derogar la Comunicación de las multas de la CNMC a partir del redescubrimiento de la escala sancionadora y de los techos de las multas previstos en el artículo 63.1 de la LDC.

Con este panorama y con la ausencia de la Comunicación desaparece también cualquier tipo de predicción o certidumbre sobre el importe de las multas, las cuales deberán ser calculadas, ajustadas y justificadas a medida en cada supuesto concreto sin referencia a ningún

¹¹⁰ MARCOS, F., “El futuro de las multas antitrust en España: claroscuros de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015”. Disponible en <http://www.osservatorioantitrust.eu.es/>.

estándar que no sean los previstos en la Ley. En este sentido, para el TS *“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 Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de “dosimetría sancionadora” rigurosamente exigibles”*¹¹¹.

En todo caso, y con una visión a futuro, los infractores de normas de defensa de la competencia no podrán pronosticar o predecir anticipadamente el importe de las posibles sanciones, en aras al cumplimiento de una serie de principios de Derecho administrativo sancionador: el principio de legalidad, el principio de predeterminación normativa y el principio de proporcionalidad. Aunque, si bien, lo cierto es que el importe nunca podrá sobrepasar el 10% del volumen total de negocios del infractor en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa.

¹¹¹ STS de 8 de marzo de 2002, asunto *Aceites*, STS1666/2002, párrafo 6 del FJº13 (aunque se repite en numerosas sentencias).

3. CONCLUSIONES

Con el fin de alcanzar los objetivos que al inicio de este trabajo se comentaron, es decir, formular propuestas de mejora que permitan mejorar la eficacia del sistema español de defensa de la competencia, incrementar el efecto disuasorio de las multas, otorgar mayor seguridad jurídica, certeza y predictibilidad al método de cálculo de las multas, así como lograr el establecimiento de sanciones compatibles con los principios de proporcionalidad e igualdad de trato, es necesario llevar a cabo una doble reforma.

Por un lado, coincidiendo con la doctrina del TS, resulta necesario introducir modificaciones en el régimen sancionador de la LDC en la línea de establecer la naturaleza del umbral de nivelación de los límites porcentuales del artículo 63.1 de la LDC. Siguiendo la doctrina jurisprudencial, es necesario que la infracción se imponga conforme a la escala sancionadora establecida por el TS, tenga efectos sobre el mercado afectado y esté vinculada al actual artículo 64 de la LDC. Además, es necesario que el texto legal exprese cuál es la finalidad de las multas, para lograr una mayor capacidad de disuasión y seguridad jurídica; la base que se utiliza para el cálculo del importe básico de la multa¹¹², la metodología empleada para determinar la gravedad y la duración de la infracción y valorar las atenuantes que concurren, que pueden consistir en la introducción de programas de cumplimiento normativo o en la imposibilidad para realizar el pago.

Por otro lado, con el fin de aumentar la independencia y profesionalidad del personal directivo que forma parte de la Autoridad de competencia, es conveniente incorporar modificaciones institucionales. En este sentido, sería necesario establecer una serie de salvaguardias mínimas en la normativa comunitaria para lograr una cierta convergencia entre los Estados y garantizar la independencia e imparcialidad de las Autoridades de la competencia. Los ámbitos a los que se podrían referir dichas salvaguardias podrían estar vinculados con la autonomía frente al Gobierno, la dotación de recursos humanos adecuados y suficientes, y la suficiencia y autonomía presupuestaria¹¹³.

Llevando a cabo ambas modificaciones en el sistema español de defensa de la competencia, se podría considerar que los objetivos planteados en este trabajo son posibles.

¹¹² COSTAS COMESAÑA, Julio. “El procedimiento sancionador. Las multas”, cit., pág. 51.

¹¹³ COSTAS COMESAÑA, Julio. “El procedimiento sancionador. Las multas”, cit., pág. 50.

Por otra parte, siguiendo la estructura de los objetivos de este trabajo, conviene resaltar las implicaciones o beneficios que la consecución de los mismos produciría en la práctica, tanto de la CNMC como del TS.

En relación a la práctica de la CNMC, aunque diferentes son las valoraciones que se han hecho sobre los defectos que se observan en la misma, los principales y cuestionados por el TS versan sobre la metodología de la Comunicación de las multas de la CNMC versus principio de proporcionalidad de las sanciones y la previsibilidad y certidumbre del importe de las multas. En todo caso y como conclusión a la práctica de la CNMC, no cabe duda que las sanciones *antitrust* deben respetar el principio de proporcionalidad¹¹⁴, como toda medida de carácter punitivo. Por ello, es conveniente hacer un uso más realista del factor o límite de proporcionalidad, no situándolo nunca por debajo del beneficio ilícito y del daño social estimado. La cuestión esencial radica en establecer parámetros adecuados para valorar la proporcionalidad de una concreta multa, teniendo en cuenta que las sanciones persiguen un doble objetivo de disuasión y compensación y que la infra-proporcionalidad de las sanciones impuestas puede perjudicar la eficacia de otros instrumentos punitivos como la política de clemencia. Dicho con otras palabras, la consecución de ambos objetivos de compensación y disuasión debe ser compatible con el principio de proporcionalidad respecto de la capacidad de pago del infractor (factor de individualización de la multa que no está presente en el artículo 64 de la LDC), exigiendo de esta misma manera el principio de igualdad de trato un trato desigual a quien tiene capacidad de pago, ya que sin esta discriminación la Ley no puede alcanzar el objetivo de interés público de disuadir comportamientos anticompetitivos¹¹⁵.

En relación a la posición del TS, parece evidente que, tras su aclaración sobre la interpretación de lo dispuesto en el artículo 63 de la LDC, la CNMC se vio abocada a la modificación de la Comunicación de Multas o, mejor dicho, a la preparación de una nueva comunicación sobre multas que recogiera el nuevo método de cálculo de las sanciones. Esta nueva línea jurisprudencial del TS sobre el cálculo de las sanciones contempladas en la LDC ha puesto de relieve la necesidad de que la CNMC tome en consideración los principios

¹¹⁴ COSTAS COMESAÑA, Julio. “El procedimiento sancionador. Las multas”, cit., pág. 43.

¹¹⁵ PADRÓS REIG, C., “Derecho sancionador y análexis normativa. La nueva jurisprudencia del TS sobre el cálculo de las sanciones en materia de prácticas restrictivas de la competencia”, en *Armario de la competencia*, 2015, pág. 147.

generales del Derecho administrativo sancionador, especialmente el principio de proporcionalidad, lo que supone un cambio en los criterios aplicados por la CNMC para la determinación de las sanciones que impone por infracciones de las normas de defensa de la competencia. No obstante, es discutible si en aplicación de esta jurisprudencia la nueva metodología de la CNMC se puede generar un aumento de la transparencia o de la seguridad jurídica de las empresas. Para paliar estos defectos, se pueden tener en cuenta las siguientes propuestas de mejora:

- A los efectos de generar una mayor seguridad jurídica es necesario incorporar una medida que permita a las empresas conocer los cálculos llevados a cabo por la CNMC. En concreto, sería conveniente que la CNMC adoptará en el futuro un método más transparente que permitiera a las empresas conocer cuál es el método empleado para la determinación de las sanciones individuales impuestas.
- A los efectos de dotar de mayor transparencia a la actuación de la CNMC sería necesaria la modificación por parte del legislador de los artículos de la LDC relativos a la determinación de las sanciones, posición por la que aboga en su sentencia el TS; o la publicación por parte de la CNMC de una nueva comunicación que expusiera la metodología aplicada en la determinación de las sanciones.

En definitiva, todo parece indicar que las futuras sanciones a imponer por la CNMC sobre la base de este nuevo método de cálculo apuntado por el TS serán de cuantías superiores a las impuestas hasta la actualidad.

4. BIBLIOGRAFÍA

Libros

Ministerio de Economía y Hacienda, *Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, 20 de enero de 2005, Párr. 8, 127 a 130, 138, 139, 145, 146 y 149.

BENEYTO PÉREZ, J.M. / MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (Dirs.), *La lucha contra los cárteles en España. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 487 – 521, p. 488.*

MASSAGUER, J. M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Pamplona, Cuarta Edición, 2015, Págs. 1207 – 1211, 1236 – 1244, 1244 – 1247, 1253, 1254 – 1255, 1282 – 1299, 1307.

BENEYTO PÉREZ J. M., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Barcelona, 1ª Edición, 2005, Págs. 789 – 790.

GUILLÉN CARAMES, J. (Dir), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2013, págs. 299 – 333.

Artículos

COSTAS COMESAÑA, Julio. “El procedimiento sancionador. Las multas”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, ISSN 1575-2054, nº 1, 2008, págs. 39 – 46.

COSTAS COMESAÑA, Julio. “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España”, págs. 10 – 15, 15 – 19, 17.

PÉREZ ASENJO, E. “La elaboración de la Comunicación de sanciones de la CNC”, RCD nº 5, 2009, págs. 407 - 417.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. “El Procedimiento Sancionador en el Nuevo Reglamento de la Competencia”. *Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 20, 2008, págs. 43 – 52.

Disponible en:

<<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2006/documento/articuloUM.pdf?id=3149>>. [Consulta: 23 marzo 2017].

CANTOS BOQUEDANO, F. y SANTOS LORENZO, S., “Algunas reflexiones prácticas sobre la regulación del procedimiento sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, GJ, nº 204, enero/abril, 2006, pág. 48.

MENÉNDEZ, Uría. “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”. *Revista Actualidad jurídica*, nº 40, 2015, págs. 110-115.

MARCOS, F., “El futuro de las multas antitrust en España: claroscuros de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015”.

Disponible en: <<http://www.observatorioantitrust.eu.es/>>. [Consulta: 3 marzo 2017]

CUERDO MIR, M. / BRIONES ALONSO, J., “Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia”, en GUILLÉN CARAMES, J. (Dir), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2013, págs. 299 – 333.

MARCO COLINO, S., “El valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el derecho español de la competencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. / MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (Dirs.), *La lucha contra los cárteles en España. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 487 – 521, p. 488.*

I GASULL, O. A. “El Tribunal Supremo aclara el cálculo de las multas de la CNMC”, *Expansión*, nº 46, 2015.

MARCOS, f., “Incontinencia judicial en defensa de la competencia”, *La Ley Mercantil*, nº 26, junio 2016, págs. 1 – 11.

PADRÓS REIG, C., “Derecho sancionador y analepsis normativa. La nueva jurisprudencia del TS sobre el cálculo de las sanciones en materia de prácticas restrictivas de la competencia”, en *Armario de la competencia*, 2015, pág. 147.

Jurisprudencia

SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de febrero de 2008 (JUR 2008, 155661), recurso 439/2006, FD 2º.

RRDTC de 16 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2604), *Pan de Barcelona*, Exp. 377/96, FD 3º.

SAN de 16 de julio de 2013, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, Exp. S/0167/09.

STS de 24 de noviembre de 1987, de 23 de octubre de 1989, de 14 de mayo de 1990 y de 15 de julio de 2002.

RTDC de 20 de junio de 2005, *Ambulancias Conquenses*, Exp. 595/05, FD 6º.

RTDC de 3 de abril de 2007 (AC 2007, 482), *Excursiones Puerto de Sóller*, Exp. 611/06, FD 7º.

RTDC de 8 de enero de 2004 (AC 2004, 522), *Fedifar*, Exp. 553/03, FD 7º.

RTDC de 18 de julio de 2006 (AC 2006, 1608), *AFE PAN*, Exp. 600/05, FD 7º.

STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 2008 (RJ 2008, 2995), recurso 5861/2005, FD 6º.

RCNC de 15 de octubre de 2012, *Exportación de Sobres*, Exp. S/0318/10, FD 7º.

RTDC, de 15 de marzo de 2007, *Banco de Santander/Cheques comida*, Exp. 700/06v.

Resolución de 28 de diciembre de 2006, *Faconauto 2*, Exp. R 698/06 v. También Resolución 9 de julio de 2007, *Telefónica Móviles*, Exp. R 724/07 v.

Resolución de 26 de febrero de 2015, *Industrias Lácteas 2*, Exp. S/0425/12.

RCNMC, de 15 de diciembre de 2016, S/DC/0538/14, *Servicios Fotográficos*, sin ponente.

RCNC de 18 de octubre de 2012, S/0309/10, *Devir Iberia*, ponente J. Costas.

STC del TS de 29 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:112, ponente Manuel Campos.

STS de 3 de febrero de 2015 (nº de recurso 1567/2014) y de 27 de febrero de 2015 (nº de recurso 498/2014). En estos mismos términos, la SAN de 20 de febrero de 2015 (nº de recurso 139/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 26 de febrero de 2013, asunto *Grauzementkartell*.

Sentencias de 6 de marzo de 2013 (rec. n° 619/2010); 7 de marzo de 2013 (rec. n° 535/2010); 8 de marzo de 2013 (rec. n° 540/2010) y 10 de abril de 2013 (rec. n° 622/2010).

Resoluciones de la CNMC de 3 de marzo de 2015, Exp. S/452/12, *Industrias Lácteas*; y de 30 de marzo de 2015, Exp. S/0487/13, *Concesionarios Land Rover*.

STS de 8 de marzo de 2002, asunto *Aceites*, STS1666/2002, párrafo 6 del FJ°13.

Roj. SAN 2745/2013 – ECLI:ES:AN:2013:2745. Esta sentencia resuelve el recurso interpuesto por una empresa sancionada – Emilio Lustau, SA – a la Resolución de la CNMC de 28 de julio de 2010, Exp. S/009/08 *Vinos Finos de Jerez*.

RCNMC de 18 de junio de 2015, Exp. S/0469/13, *Fabricantes de papel y cartón ondulado*.

Internet

AEBALL. *Sanciones dentro del derecho de la competencia*. [En línea] Salvem les empreses: la nostra riquesa. [Barcelona].
<<http://www.aeball.net/upfiles/circulars/fitxers/A501919.pdf>> [Consulta: 15 marzo 2017].

Actualidad jurídica Uría Menéndez. *El Procedimiento Sancionador en el Nuevo Reglamento de la Competencia*. [En línea] Antonio Martínez Sánchez, Abogado.
<<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2006/documento/articuloUM.pdf?id=3149>> [Consulta: 23 marzo 2017].

Estudio CUM-LAUDE (España) *Tu Orla en el Estudio Cum-Laude*. [En línea] <<http://orlas.estudiocumlaude.com>> (Página web de la cartelista beneficiaria de clemencia en el cártel de las orlas) [Consulta: 25 marzo 2017].

Boletín Oficial del Estado (BOE) número 36, de 11 de febrero de 2009. [En línea] <<https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/11/>> [Consulta: 11 marzo 2017].

Boletín Oficial del Estado (BOE) número 196 de 16 de agosto de 2013. [En línea] <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/08/16/pdfs/BOE-A-2013-9017.pdf>> [Consulta: 11 marzo 2017].

CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) *La CNMC promueve y defiende el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas.* [En línea] <www.cnmc.es> [Consulta: 11 marzo 2017].

Diario La Ley 8802 (España) *Diario de la Ley: 13 de julio de 2016.* [En línea] Sección Tribuna. <<http://diariolaley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDYwMTA7Wy1KLizPw8WyMDo1AAAAWKE>> [Consulta: 15 marzo 2017].

Nada es gratis (España). *El cártel de las orlas.* [En línea] MARCOS, Francisco. <nadaesgratis.es/admin/el-cartel-de-las-orlas> [Consulta: 20 marzo 2017].

OSSERVATORIO PERMANENTE (Europa) *SULL'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA.* [En línea] Comisión Europea. <<http://www.osservatorioantitrust.eu.es/>> [Consulta: 3 marzo 2017]

<http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_11.pdf> [Consulta: 1 y 2 de mayo de 2017].

Boletín Oficial del Estado (BOE) número 159, de 4 de julio de 2007. Disponible en <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/>> [Consulta: 1 de mayo de 2017].

Normativa consultada

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, artículos 64.3 d) y 65, entre otros.

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 138.3 en relación con los artículos 108 y 118 de la misma.

Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas.

Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, sobre aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

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

5. ANEXOS

PRÁCTICA DE LAS MULTAS EN ESPAÑA POR LA CNMC



Ofertón 2013


+

+


Tu Orla

- 1 foto 15x20
- 1 foto 10x15
- 2 fotos 7x10

12 fotos de carnet

- 1 foto 15x20 del birrete en color
- 1 foto 10x15 del birrete en Blanco y negro
- 2 fotos 7x10 del birrete en color

=

23

€

De la foto de muceta
 o del birrete elegido
 en el color **de TU ELECCIÓN**

Estamos ante un caso expuesto en el apartado relativo a la práctica de la CNMC, que pone de relieve el régimen sancionador llevado a cabo por la Autoridad de competencia, el cual ha recibido numerosas críticas del TS y que, como he explicado anteriormente, se deben básicamente a la falta de capacidad disuasoria de las multas que se imponen específicamente en materia de infracciones de cartel y que genera inseguridad para la efectividad del sistema de defensa de la competencia¹¹⁶.

¹¹⁶ Página web de la cartelista beneficiaria de clemencia en el cartel de las orlas <http://orlas.estudiocumlaude.com> (visitada el 25 de marzo de 2017).