

# **PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS MULTAS**

**Santiago SOLDEVILA**  
Magistrado de la Sala de lo  
Contencioso-Administrativo  
de la Audiencia Nacional

## **1. PLANTEAMIENTO**

Tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, la inevitable relación del Derecho a la Libre Competencia y los Tribunales de Justicia, como es sabido, puede contemplarse desde dos perspectivas bien diferentes y sin embargo complementarias. Ante los jueces de lo Mercantil se plantean, esencialmente, las cuestiones relacionadas con la nulidad de los contratos y las reclamaciones de daños y perjuicios, mientras que frente a las decisiones de la autoridad nacional de la competencia, en nuestro caso un órgano de naturaleza administrativa como es el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), se mantiene la tradicional intervención de control en sede contencioso-administrativa y más en concreto ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

La presente exposición se centra precisamente en este segundo aspecto y trata de sistematizar algunas de las cuestiones más relevantes planteadas ante los Tribunales desde la óptica del Derecho sancionador, de

forma más específica, las que derivan del acto de imposición de multas cuya naturaleza jurídica, como de forma expresa nos recuerda el Reglamento 1/2003, es, en relación con los supuestos analizados, ajena a la penal (art. 23.5).

Así las cosas, se abordarán cuestiones como el alcance de la revisión jurisdiccional y la compatibilidad de este concepto con una práctica cada vez más generalizada que lleva a los Tribunales a dar un paso más allá de la mera revisión del acto, pues realmente sustituyen la decisión de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora, cuantificando directamente las multas en lugar de anular el acto y remitir las actuaciones al órgano administrativo para que dicte una nueva sanción.

Otra cuestión que suscita interés es la relativa a la posible relajación en la aplicación del principio de taxatividad, en cuanto se refiere a la aplicación de los factores que deben tomarse en consideración para la fijación de la cuantía de la sanción, dada su falta de concreción en las normas sancionadoras, y la compatibilidad de esta opción interpretativa con las exigencias del principio de legalidad garantizado por el art. 25 de la Constitución Española.

Finalmente se realiza un examen jurisprudencial de distintas cuestiones aplicativas suscitadas en relación con el art. 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que establece las bases para la imposición de las sanciones, sin perjuicio de las obligadas referencias que deben hacerse al Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados* de 8 de septiembre de 2006, núm. 100-1).

En este contexto y ante las dificultades que conlleva la aplicación de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración, quiere destacarse la conveniencia de introducir en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia una regulación específica sobre la «infracción continuada» en esta materia. Esta institución, importada del Derecho penal, puede convertirse en un útil instrumento para la represión más severa de las conductas anticompetitivas más graves, como los cárteles, en las que mediante un plan preconcebido y con una unidad de dolo se reiteran conductas ilícitas homogéneas de escasa gravedad, cuya suma causa un perjuicio igual o mayor que el de una sola conducta muy grave, eludiendo de esta forma la sanción que realmente le correspondería.

## 2. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO JURISDICCIÓN REVISORA: SU ALCANCE

### A) La Administración como titular de la potestad sancionadora

El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un *prius* indiscutido de su actuación. Nadie cuestiona que la titularidad de la potestad sancionadora se residencia en la Administración, pues así se desprende sin dificultad de los arts. 9.3 de la Constitución Española (CE), 23.2 del Reglamento 1/2003 del Consejo, del 127.1 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de forma más específica el art. 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Se trata por tanto de un presupuesto de partida que no obstante la claridad en su formulación plantea algunas cuestiones relevantes en orden a la forma en la que se materializa el control jurisdiccional de dicha actividad administrativa.

### B) La finalidad de las sanciones en materia de Defensa de la Competencia

También con una claridad que no deja lugar a dudas, la jurisprudencia, tanto comunitaria como nacional, se pronuncia en el sentido de subrayar que la finalidad de estos actos sancionadores es doble, ya que si bien en un principio prima su carácter retributivo que se consuma con la imposición de un castigo al infractor por causa de su conducta ilícita, no puede dejar de tenerse en cuenta que constituye un poderoso instrumento de las Autoridades Nacionales de la Competencia «para proseguir una política general dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados en el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas», afirmación contenida en las Directrices de la Comisión publicadas en el *DOCE* el 1 de septiembre de 2006, «para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003», y que es reflejo de la doctrina jurisprudencial ratificada por la STJCE de 28 de junio de 2005 (asunto Dansk Rorindustri A/S y otros v. Comisión, apartado 170).

El Tribunal Supremo español se pronuncia también en términos similares, pudiendo citarse a título de ejemplo la STS de 9 de junio de 2003 (recurso de casación núm. 8463/1998, FJ 6), en el que, reiterando doctrina anterior, expresamente se indica que resulta inherente a toda resolución sancionadora, además de la función represiva, «la de defender los intere-

ses públicos concretados en el funcionamiento concurrencial del mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores, incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras».

### **C) El control jurisdiccional de la actividad administrativa**

Resulta una consecuencia lógica de todo Estado de Derecho, que la actuación administrativa esté sujeta a un control independiente que en España se atribuye al Poder Judicial, tal y como se desprende de los arts. 106 y 24 de la CE. En este sentido la intervención del juez se limita, en principio, a la revisión de dicha actuación declarando el acto ajustado a Derecho o bien anulándolo, aunque eso sí, con plenas facultades, lo que constituye una manifestación de la concepción clásica del llamado recurso de anulación. Sin embargo, el art. 71.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), ante la petición de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, compele a los Tribunales al reconocimiento individualizado de dicha situación y a adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la misma, dando lugar al llamado recurso de plena jurisdicción en el que a diferencia del anterior el pronunciamiento de los Tribunales tiene un contenido positivo y ordenador de la realidad.

### **D) Cuestión planteada: con invocación del principio de proporcionalidad, ¿pueden los Tribunales modular el *quantum* de la sanción y terminar fijándola directamente?**

Desde los parámetros expuestos cabe preguntarse si la generalización de los efectos del recurso de plena jurisdicción en materia sancionadora viene en realidad a concretarse en una alteración de la atribución competencial en esta materia establecida con carácter general en favor de la Administración.

#### **a) *Posición mayoritaria del Tribunal Supremo español***

Se encuentra reflejada en múltiples sentencias, pero de entre todas ellas merece un examen más detallado la STS de 8 de octubre de 2001 (recurso de casación núm. 60/1995), pues el objeto exclusivo de dicha resolución es precisamente el examen de la cuestión planteada, debiendo subrayarse que en materia de Defensa de la Competencia ha sido seguida de forma unánime por las resoluciones dictadas con posterioridad. En definitiva sostiene que en sus facultades revisoras, los Tribunales están legalmente capacitados para fijar directamente la cuantía de la sanción impuesta.

La argumentación del TS puede sintetizarse en las siguientes afirmaciones: 1) Niega que en la aplicación de las sanciones por la Administración opere el principio de discrecionalidad técnica, pues la decisión administrativa recae sobre cuestiones estrictamente jurídicas, aplicando de manera reglada y no discrecional conceptos, elementos, pautas y criterios prefijados en las normas. 2) También es una cuestión jurídica que debe ser decidida en esos términos, la relativa a la cuantificación de la sanción, pues la obligada aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada consistente en tomar en cuenta de forma razonada y motivada los elementos, criterios y pautas deducidos, en este caso del art. 10 de la LDC.3) Corresponde a la actividad jurisdiccional no sólo subsumir la conducta en el tipo legal, sino también el adecuar la sanción al hecho cometido, pues en ambos casos se trata de la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita e inferibles de principios generales, como en este caso, el de proporcionalidad.

#### **b) *Posición minoritaria del TS***

No obstante lo anterior, este planteamiento no es unánime en el seno de la Sala Tercera del TS, pues también se han dictado resoluciones que propugnan la tesis de que el alcance de la revisión jurisdiccional se limita a la simple anulación del acto ilícito, ordenando la retroacción de las actuaciones y la remisión del expediente a la Administración para que cuantifique la sanción de acuerdo con los límites establecidos en la sentencia. En este sentido puede citarse la STS de 30 de diciembre de 2000, Az 600-2003, y como argumentos en los que se asienta este planteamiento pueden citarse los siguientes: *a)* la actuación de los Tribunales debe limitarse a la apreciación de las circunstancias concurrentes y al control de la motivación del acto; *b)* en la fijación del *quantum* de la multa hay un elemento discrecional de la Administración Pública que en este caso se concreta en los fines de ordenación de mercado, objetivo reconocido como inherente al ejercicio de la potestad sancionadora, y *c)* el art. 71.2 de la LRJCA prohíbe a los Tribunales sustituir en sus apreciaciones a la Administración Pública que interviene actuando en competencias discrecionales.

#### **c) *Posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE)***

Reviste especial interés el examen de la sentencia del TJCE de 29 de junio de 2006 (asunto C-289/04 P, Showa Denko KK v. Comisión), pues al igual que lo que ocurre con la STS de 8 de octubre de 2001

antes analizada, se refiere de forma exclusiva a la posibilidad de que los Tribunales modifiquen el *quantum* de la multa impuesta por la Administración. Así procedió el Tribunal de Primera Instancia en sentencia que fue plenamente confirmada por el TJCE mediante la resolución citada.

### **E) Valoración crítica de las opciones expuestas**

Si bien la solución mayoritaria parece la más razonable desde el punto de vista de los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva, no deja de ser llamativa su al menos aparente dificultad de encaje con la doble finalidad que se le atribuye a la sanción de multa. En efecto, este planteamiento, desde un punto de vista conceptual, parece desafiar el presupuesto básico de partida, es decir, la imposición de las sanciones corresponde a la Administración y no a los jueces. Si se concluye que con la imposición de la sanción de multa se persigue, además de la represión de comportamientos ilícitos, la reordenación del mercado influyendo en el comportamiento de terceras empresas, la atribución a los Tribunales de la potestad de fijar la cuantía final de la multa exigirá de éstos una específica motivación respecto de la decisión tomada.

En definitiva, y llegando a las últimas consecuencias, supone que los Tribunales asumen una competencia, la de potenciar la reordenación del mercado, que no les es propia, y ello mediante la toma en consideración de parámetros ajenos al proceso para modular con qué intensidad se debe influir en el comportamiento de las terceras empresas operantes en dichos mercados.

El profesor Alejandro NIETO<sup>1</sup> realiza un sugerente análisis sobre las consecuencias de esta paradoja y llega a la conclusión de que debe distinguirse entre la titularidad de la potestad administrativa sancionadora, que será siempre la Administración, y el ejercicio de la misma que puede ser interferido por la actuación de un juez, tanto en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo mediante la sustitución de una sanción administrativa por otra judicial, como en el orden penal mediante la paralización del procedimiento administrativo y eventualmente su eliminación dada la preferencia del orden penal.

---

<sup>1</sup> A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 4.ª ed., 2005, p. 147.

### 3. LA LAXITUD DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN RELACIÓN CON LA ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD

#### A) Tradicional crítica a la Ley de Defensa de la Competencia

Tal y como puso de manifiesto S. MEDRANO<sup>2</sup>, existe un indudable consenso doctrinal en afirmar que la regulación en materia sancionadora de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC, art. 10 y concordantes), es técnicamente muy deficiente, con dudas razonables sobre su inconstitucionalidad.

Esta apreciación tiene su fundamento en la exégesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que desde la inicial STC 18/1981 se aplican al Derecho administrativo sancionador los principios y garantías del proceso penal, sin perjuicio de sus propias singularidades. El principio de legalidad constituye una de esas garantías básicas, y el de taxatividad o alto grado de certeza en la predeterminación normativa y punitiva una de sus manifestaciones más características (STC 9/2006 reitera y reproduce jurisprudencia anterior, desde la 133/1987). Este planteamiento se mantiene firme en la jurisprudencia constitucional y en consecuencia es seguido por los Tribunales ordinarios, sin perjuicio de una singular evolución y sobre todo flexibilización que permite llegar a resultados a veces paradójicos (STC 2/2003). Por su parte, la STC 151/1997, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, ha concluido que los tipos abiertos y valorativos, característicos de la regulación concurrencial como se desprende del examen de los art. 1 y 6 de la LDC, pueden ser compatibles con las exigencias constitucionales, a cambio de trasladar al juez una carga de motivación más intensa para identificar la antijuridicidad de la conducta y con ello suplir la denunciada indeterminación del tipo sancionador.

Más problemático resulta el ajuste constitucional de la falta de precisión normativa en la determinación de la sanción, cuya clasificación legal se omite en la LDC y su correlación con la infracción. La LDC se limita a establecer, para cualquier infracción sea cual sea su gravedad, una sanción de multa con un máximo de 900.000 euros, ampliable al 10 por 100 del volumen de ventas de la Compañía en el ejercicio inmediato anterior a la resolución del Tribunal. En este caso nos encontramos ante una deficiente técnica legislativa y su encaje constitucional, por la inseguridad que causa, parece más difícil, especialmente a la luz de la doctrina de la STC 100/2003.

---

<sup>2</sup> S. MEDRANO, «La tipicidad de la infracción y la cuantía de las multas», en *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 505 a 523.

## **B) La respuesta de los Tribunales**

No obstante lo anterior, los Tribunales han rechazado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y así de forma expresa se pronuncia la STS de 6 de marzo de 2003, coetánea con la STC 100/2003, de la que parece deducirse lo contrario. En opinión del TS, si bien la regulación de la LDC puede tacharse de indeterminada, no por ello franquea los límites constitucionales establecidos con el carácter de garantía mínima. Esta posición del TS no hace más que reiterar planteamientos anteriores, como el recogido por la STS de 27 de octubre de 1998 (recurso de casación núm. 260/1991), bien referido a la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, que en este punto empleaba una técnica legislativa similar a la seguida por la LDC

## **C) Superación de la polémica en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia**

El Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia (*BOCD* de 8 de septiembre de 2006) augura el fin de esta situación, pues se tiende a una regulación mucho más detallada y precisa de estas cuestiones, aunque no exenta de importante polémica. Con carácter general debe valorarse positivamente la regulación contenida en este Proyecto normativo, pues se adapta al esquema propiciado por la jurisprudencia constitucional, al establecer en su art. 62 una clasificación tripartita de las infracciones distinguiendo entre leves, graves y muy graves, para a continuación en el art. 63 adecuar las sanciones que corresponden a cada una de las infracciones.

A pesar de la valoración positiva que esta forma de legislar merece, ya que en definitiva introduce un elevado grado de certeza y seguridad en la actuación represora de la Administración, no por ello debe omitirse la existencia de alguna imprecisión que puede traspasar los límites de la corrección constitucional. En concreto, en la regulación de las sanciones, establece el art. 63.1. *a*) una regla inicial respecto de las infracciones muy graves según la cual se podrá imponer una multa de hasta el 10 por 100 del volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior, para a continuación en el párrafo 3 del citado art. 63 señalar que en el caso de que no fuera posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1, las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de más de 10 millones de euros. Pues bien, de acuerdo con lo establecido en la STC 100/2003, la falta de imposición en la Ley de un tope máximo en la cuantía de las



sanciones no es compatible con el art. 25 de la CE, en la medida en que ello supone una infracción del principio de taxatividad, por lo que se proyecta una duda razonable sobre el ajuste constitucional de dicho precepto.

#### **D) Propuesta sobre un nuevo enfoque de la cuestión en relación con la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad**

Sin perjuicio de lo anterior, estas líneas pretenden desplazar la atención hacia un aspecto menos invocado en relación con el principio de taxatividad, y su formulación es la siguiente: si partimos de una normativa, LDC, que por exigencias de la realidad social que regula se caracteriza por el uso de conceptos valorativos que no obstante su indeterminación incorporan una densidad informativa en principio suficiente sobre la antijuridicidad y tipicidad de la conducta, y por otra parte contamos con una deficiente regulación normativa que no es capaz de precisar con el detalle exigible el alcance de los distintos factores modificativos de la intensidad de la responsabilidad de la conducta infractora, ¿resultaría posible asumir la exigencia de certeza y predeterminación en la aplicación de los mismos atribuyendo al órgano sancionador y finalmente al juez su concreción? Aun de forma más específica, ¿se infringe este principio cuando los Tribunales aplican algún factor atenuante que no esté expresamente previsto en la Ley del sector, art. 10 de la LDC, pero pueda extraerse de otros textos positivos como el Código Penal?

La cuestión puede abordarse desde distintos puntos de vista<sup>3</sup>: una primera línea de pensamiento subraya que el principio de taxatividad opera en ambas direcciones, agravatoria y atenuatoria o incluso eximente por error de prohibición (creencia de estar actuando correctamente), lo que impide la interpretación extensiva y analógica, incluso *in bonam partem* de las normas sancionadoras, pues en definitiva el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) impone que las resoluciones judiciales sólo pueden descansar exclusivamente en la equidad cuando una norma legal así lo autorice (art. 3.2 CC).

Frente a esta posición, que se asienta en la técnica de la subsunción y del principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, puede plantearse como alternativa doctrinal, y en favor de la atenuación de este principio, el empleo de la técnica de la ponderación, de forma que de la vaguedad e imprecisión de los conceptos (arts. 10 LDC y 131 Ley 30/1992)

---

<sup>3</sup> J. J. MORESO, «Principio de legalidad y causas de justificación sobre el alcance de la taxatividad», *Doxa* 24 (2001).

quepa extraer pautas generales que los jueces aplicarán y reducirán a aplicaciones concretas en cada caso.

Resulta de gran interés la sistematización realizada por José Juan MORESO<sup>4</sup>, que invoca la regulación de este tipo de cuestiones en el Derecho comparado y de forma expresa cita a Andrew ASHWORTH (*Principles of Criminal Law*) en relación con la falta de aplicación en el Derecho inglés del principio de taxatividad en los supuestos de uso justificado de la fuerza (*self restrain*). También cita a Claus ROXIN (*Derecho Penal Parte General*, Tomo I), en este mismo sentido, aunque referido al ordenamiento alemán, postulando el desplazamiento de la técnica de la subsumción por la de la ponderación de principios en conflicto.

De aceptarse este planteamiento, la consecuencia inmediata es la de exigir a esos mismos jueces un alto nivel de motivación en sus resoluciones y obviamente una aplicación coherente y continuada de su doctrina que, salvo justificación del cambio de criterio con los requisitos exigidos por el TC, les vincularía para situaciones futuras idénticas.

Resulta muy ilustrativa la lectura de la sentencia del TJCE de 29 de junio de 2006 (C-289/04 P) antes citada, pues en su apartado 36 de forma expresa ampara la competencia de la Comisión para fijar la multa de acuerdo con una apreciación especialmente amplia de la elección de los factores que deben tomarse en consideración para la concreción de la multa, «sin que sea necesario remitirse a una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio».

Por otra parte, un examen de la jurisprudencia del TS nos permite constatar que en la práctica vienen aplicándose factores de atenuación no previstos en las normas que regulan el sector, como se desprende de la STS de 21 de febrero de 2006 (recurso de casación núm. 5195/03, Puleva) en la que se hace referencia a atenuantes como la presión de los sindicatos u organizaciones agrarias, la tradicional intervención interventora de la Administración en el sector lácteo, o en las SSAN de 16 de octubre de 2003 (Expertos Inmobiliarios) y 22 de septiembre de 2003 (Autoescuelas de Tenerife) que van mas allá y atenúan la multa en atención a la capacidad económica del infractor, elemento básico para la graduación de la sanción de multa en el Código Penal (art. 52).

Respecto de esta última cuestión, la virtualidad atenuatoria de la capacidad económica del infractor, el punto 35 de las Directrices de la Comisión para la imposición de sanciones publicadas el 1 de septiembre de 2006, limita de forma notable esta circunstancia para fijar la cuantía final de la sanción, reduciéndola al supuesto en el que la ejecución

---

<sup>4</sup> J. J. MORESO, ob. cit.

de la sanción correspondiente pusiera en peligro la viabilidad de la empresa, solución acorde con el fin disuasorio de la sanción. Por su parte, el art. 10.1 de la LDC no hace ninguna referencia a este hecho como atenuante, ya que únicamente alude al volumen de ventas del ejercicio anterior para agravar la cuantía de la sanción.

El TS ha dispensado un tratamiento dispar a la cuestión, y así la STS de 17 de marzo de 2003 (recurso de casación núm. 10329/97) subraya la falta de mención expresa de la solvencia o suficiencia económica del infractor en el art. 10 de la LDC, y califica esta circunstancia de dato irrelevante. Por contra, la STS de 5 de abril de 2006 (recurso de casación núm. 4662/2003, Vacunas antigripales) toma en cuenta la capacidad económica del infractor como atenuante, para proteger su supervivencia financiera y continuidad en el mercado.

En el ámbito comunitario resulta muy polémica la admisión de la falta de capacidad económica para mitigar la imposición de la sanción y su aplicación por el TJCE es muy rigurosa, como puso de manifiesto G. ROCCA<sup>5</sup>.

#### 4. EL CÁLCULO DE LA MULTA

Antes de adentrarse en el examen de las distintas circunstancias modificativas de la sanción, parece conveniente recordar una consolidada doctrina del TS (STS de 9 de junio de 2003, recurso de casación 8463/1998, asunto Liga de Fútbol Profesional), según la cual la finalidad de la sanción de multa es doble, ya que además de sus fines retributivos persigue una reordenación del mercado, afirmación que se completa por la misma jurisprudencia con el principio de que la comisión de infracciones concurrentes no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas.

A continuación examinaremos distintos cuerpos normativos que contienen normas aplicativas de las sanciones, su método de cálculo y gradación.

##### **A) Las Directrices de la Comisión publicadas el 1 de septiembre de 2006**

Las Directrices son pautas interpretativas dictadas por la propia Comisión, que carecen de fuerza obligatoria en relación con terceros pero que

---

<sup>5</sup> G. ROCCA, «La politique de la Commission en matière d'ammendes antitrust: recents développements, perspectives d'avenir», *Anuario de la Competencia*, 2003.

establecen con un importante grado de precisión los criterios de actuación de la Comisión que lógicamente se siente vinculada por las mismas. Su principal aportación es la de introducir un elemento de racionalidad y sobre todo de seguridad para los operadores, que pueden conocer de antemano los criterios que les pueden ser aplicados para la cuantificación de las sanciones que puedan imponerse.

No obstante su carácter orientador, pueden ser expresamente invocadas ante las distintas autoridades, incluidos los Tribunales de Justicia nacionales, de acuerdo con lo dispuesto en el punto 8-A de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004.

Estas Directrices publicadas el 1 de septiembre de 2006 vienen a sustituir a las de 14 de enero de 1998 dictadas para la aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA, sobre las que realizó un interesante comentario G. ROCCA<sup>6</sup>.

El método seguido por las Directrices parte, en esencia, de la fijación de un importe base de la multa (sobre el 30 por 100 del valor de las ventas en el mercado afectado), ajustado con la toma en consideración de factores variables como la cuota de mercado, naturaleza de la conducta, efectividad, área geográfica de incidencia, cuyo resultado se multiplica por el número de años en los que la práctica anticompetitiva ha estado vigente, pudiendo incluso incrementarse con un importe adicional en torno a un 15 ó 25 por 100. Finalmente la sanción se graduará en función de las circunstancias modificativas, agravantes o atenuantes que concurran, sin que la multa pueda exceder del 10 por 100 del volumen de facturación.

## **B) La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)**

### **a) Examen del art. 10.1 de la LDC**

Este precepto es el que establece la competencia del TDC para la imposición de las sanciones, a título de dolo o culpa, por la comisión de las prácticas anticompetitivas que en el mismo se indican, estableciendo, con dudosa técnica legislativa, un límite máximo de 150 millones de pesetas (900.000 euros), «cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal».

---

<sup>6</sup> G. ROCCA, ob. cit.

La actual redacción de este artículo ha llevado al TS a señalar que la previsión legal de incremento del 10 por 100 de la cuantía de la multa no opera como límite a los 900.000 euros que se indican, sino precisamente como posibilidad de incremento de dicho límite. La SAN de 7 de marzo de 2005 (recurso de casación núm. 369/2002) señala que la sanción abarca desde un euro hasta el 10 por 100 del volumen de ventas, y si esta última cifra es inferior a los 900.000 euros nada impide imponer la sanción en ese máximo. También la STS de 21 de febrero de 2006 (recurso de casación núm. 6074/2002) tiene indudable interés práctico. Así, identifica la fecha de la resolución a que se refiere el art. 10.1 de la LDC, con la correspondiente al día en que se tomó la decisión de sancionar, y no la de su redacción o la del día en el que se hizo el cálculo efectivo y final de la multa.

### **b) Examen del art. 10.2 de la LDC**

El art. 10.2 LDC establece con claridad que las sanciones se fijarán atendiendo a la importancia de la infracción, lo que supone una llamada a la antijuridicidad de la conducta como punto de partida básico para su cuantificación inicial, sujeta a modificación en atención a las circunstancias y factores concurrentes en el caso. Esta técnica de actuación es también la propia de la Comisión Europea y así se pone de manifiesto en las Directrices de la Comisión antes examinadas.

A continuación se procederá al examen de los criterios de graduación previstos en el art. 10.2 de la LDC. No obstante, resulta conveniente realizar algunas precisiones sobre su aplicación e interpretación por los Tribunales.

#### **b.1) El principio de proporcionalidad**

La invocación de este principio es una constante en todas las resoluciones sancionadoras, por lo que el TS ha venido a establecer ya una consolidada doctrina de la que la STS de 24 de mayo de 2004 (recurso de casación núm. 7600/2000) es sólo un ejemplo, según la cual, este principio se concibe, esencialmente, como un criterio de interpretación empleado por los jueces para controlar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en supuestos en los que la norma prevé la imposición alternativa de varias sanciones, o existe un margen cuantitativo para la fijación de la multa, al tiempo que permite la transformación de una actividad discrecional reglada, identificando la proporcionalidad con la individualización de la sanción. En definitiva, la

proporcionalidad se mide por la adecuación de la sanción a los fines que persigue la norma y es relevante dejar constancia de que no recibe el tratamiento por el TC de derecho fundamental autónomo, lo que impide su invocación singular en amparo.

La cuestión básica que plantea esta técnica de actuación en los términos en los que está formulada se conecta con la primera de las cuestiones abordadas en esta exposición, esto es, la posibilidad de que los Tribunales sustituyan los criterios de la Administración por el suyo propio.

#### b.2) *Naturaleza de los factores señalados en el art. 10.2 de la LDC*

Puede inducirse a una cierta confusión, que en la práctica se da, cuando se califican estos factores de gradación de la sanción como circunstancias modificativas de la responsabilidad y en concreto como atenuantes o agravantes, pues en realidad la previsión legislativa se aparta de este modelo. La norma se limita a relacionar una serie de factores a tomar en consideración, que lógicamente tienen un efecto directo en la intensidad y cuantía de la sanción que recaiga, pero que integran la misma, por lo que no participan de la nota de accidentalidad propia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad<sup>7</sup>.

De forma específica este precepto realiza una enumeración de estos factores, aunque ciertamente con notables carencias, pues no se indica en qué calidad operan, ni tampoco las reglas que deben presidir su aplicación en función de su concurrencia individual y en solitario, o en el supuesto de que aparezcan en conjunto, o qué ocurre en el caso de que coexistan factores que sean contradictorios entre sí.

Nuevamente la cuestión se deja en manos de los Tribunales, y así podemos citar la STS de 17 de marzo de 2003 (recurso de casación núm. 10329/97, asunto Faconauto), que sigue la pauta tradicional de dividir la sanción en tres grados en atención al total de la cuantía (máximo de 600.001 a 9000.000 euros, mínimo de 1 a 300.000 euros y medio de 300.001 a 600.000 euros) y desde este presupuesto asegurar que concurriendo únicamente circunstancias atenuantes se respeta el principio de proporcionalidad con la imposición de la multa en el grado mínimo o medio bajo. Por otra parte entiende que en el supuesto de concurrir atenuantes y agravantes se compensarán unas con otras y el juez decidirá en última instancia la adecuación correspondiente. Concluye afirmando

---

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión reviste interés la consulta de la obra de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988.

que no es preciso realizar su análisis pormenorizado si es clara su no concurrencia, especialmente si son ambivalentes.

El principio de seguridad jurídica hace exigible una más detallada regulación de la cuestión por el legislador, o bien decantarse definitivamente por la alternativa propuesta en el apartado 2 de este trabajo en el sentido de transferir a los jueces la responsabilidad de la gradación de las sanciones mediante la aplicación racional de los factores establecidos como principios.

Desde este punto de vista, y con las debidas modulaciones, la aplicación supletoria del Código Penal (art. 66 y concordantes) puede constituir una solución razonable debiendo recordarse que en el nuevo Código Penal son dos los grados que se contemplan, que la concurrencia de solo alguna atenuante obliga a imponer la sanción en la mitad inferior de su cuantía (de 1 a 450.000 euros) y si son varias puede degradarse la sanción, que la concurrencia de alguna circunstancia agravante obliga a imponerla en su mitad superior (450.001 a 900.000 euros), y que la concurrencia de unas y otras o su ausencia deja al órgano sancionador en libertad para su adecuación en función de las circunstancias del caso. Sorprendentemente el Proyecto de Ley no incorpora reglas de este tipo. También puede resultar razonable la invocación de las circunstancias previstas en las Directrices de la Comisión publicadas el 1 de septiembre de 2006, adoptando naturalmente los criterios allí fijados a las particularidades de la legislación nacional, siendo significativo el distinto tratamiento que la legislación vigente dispensa a la duración de la práctica, situación que corrige el Proyecto de Ley [art. 64.1. d)] acercándose a la regulación comunitaria en este punto. Se trata en definitiva de aplicar criterios estables y predeterminados que garanticen la vigencia del principio de seguridad y transparencia en la actuación sancionadora.

b.3) *Breve referencia a los concretos factores para la concreción de la responsabilidad citados exclusivamente en el art. 10.2 de la LDC*

- La modalidad y alcance de la restricción de la competencia

Existe un cierto consenso en afirmar que las conductas anticompetitivas que merecen un mayor reproche son las relativas a las restricciones horizontales. Esta claridad conceptual debe acompañarse con la práctica de los Tribunales que valoran de forma singular la afectación real del mercado (SSAN de 27 de marzo de 2000 y 30 de octubre de 2003). En estas circunstancias debe descartarse una calificación automática de la conducta como grave o muy grave con arreglo exclusivamente a su

naturaleza, pues además de ello deberá tenerse en cuenta, sobre la base de la prueba practicada y como factor especialmente relevante, su incidencia real en el mercado.

- La dimensión del mercado afectado

La STS de 5 de abril de 2006 (recurso de casación núm. 4662/2003, Vacunas antigripales) reitera doctrina y nos recuerda que efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.b) de la LDC, a los efectos de la determinación básica de la sanción debe tomarse en consideración la dimensión real del mercado afectado, y, por otra parte, considera pertinente hacer una referencia a la cifra total de ventas de la Compañía sancionada en el último ejercicio, como un indicador de su capacidad económica a los efectos de la adecuación final de la cuantía de la multa y en concreto para no sobrepasar el doble límite de los 900.000 euros o el 10 por 100 del volumen de ventas.

- La cuota de mercado de la empresa correspondiente

Íntimamente relacionada con la circunstancia antes descrita, el examen de la cuota de mercado es otro de los elementos a considerar a los efectos modificativos de la responsabilidad. Las SSTS de 9 de junio de 2003 (Liga de Fútbol Profesional) y de 17 de marzo de 2003 (Faconauto) pueden servir de pauta sobre el criterio del TS.

La primera trata un supuesto muy claro en el que la cuota de mercado de la entidad sancionada por abuso de dominio era el 100 por 100 y el efecto de la restricción fue total, al impedirse incluso a los competidores el acceso a las imágenes de resúmenes de los partidos. Conceptualmente, al igual que ocurre con la valoración de la intencionalidad de la conducta como agravante, se plantea la duda sobre una doble incriminación, ya que la tenencia de una elevada cuota de mercado integra la tipicidad básica del abuso de posición de dominio.

La segunda sentencia estima como agravante la fuerte implantación de la Federación recurrente en el mercado (80 por 100), y ratifica la calificación como atenuante, de la falta de producción de efectos de los acuerdos en el mercado.

- La duración de la restricción de la competencia

En principio no parece plantear especial problema esta circunstancia, pues su calificación como agravante es directamente proporcional



al tiempo de su duración, pero nuevamente la ausencia de predeterminación normativa introduce un factor de inseguridad que debe ser corregido por los Tribunales. La STS de 9 de junio de 2003 (Liga de Fútbol Profesional) considera circunstancia agravante la duración de la práctica más allá de los ocho años, mientras que otros pronunciamientos reiterados, de los que constituye un ejemplo reciente la STS de 21 de febrero de 2006 (asunto Puleva), estiman que no tiene virtualidad agravatoria una práctica inferior al año. En términos muy generales, pues la diferencia de tratamiento es singular, parece que el TS viene a confirmar estos parámetros temporales cuyo origen puede cifrarse en las Directrices de la Comisión de 14 de enero de 1998.

No obstante lo anterior, parece razonable concluir que tampoco en este caso el simple automatismo de constatación del cumplimiento de períodos temporales sea suficiente para realizar una correcta aplicación de la norma. En concreto y en relación a los períodos de corta duración, puede plantearse no de forma abstracta (un año), sino concreta (efectividad de la práctica durante su tiempo de vigencia), su naturaleza como factor atenuatorio en todo caso de la sanción. Puede darse el caso de coincidir la ejecución de la práctica en un período de duración que, aunque corto, se corresponda con el momento del lanzamiento de una nueva actividad, lo que agrava notoriamente la conducta del sancionado (SAN de 30 de junio de 2005, Telefónica recurso de casación núm. 380/2002). En definitiva, la valoración como atenuante de una práctica de corta duración debería ponerse en relación con su incidencia real en el mercado afectado.

### **C) Los criterios de graduación previstos en el art. 131.3 de la Ley 30/1992**

La Ley 30/1992, posterior a la LDC y supletoria general en materia de procedimiento administrativo, nace, de forma específica, en relación con el procedimiento sancionador, con vocación de instaurar unos principios básicos y generales a los que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración a los efectos de garantizar un trato común a los ciudadanos.

Por ello, la formulación del art. 131.3 de la Ley citada adolece de cierta vaguedad justificada no exenta de reiteración respecto de algunas circunstancias tratadas en la normativa específica de cada sector, en este caso la LDC.

En su formulación parte de la preservación de la adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada

para a continuación establecer tres criterios de graduación de la sanción de los que sólo examinaremos dos, pues el segundo (naturaleza de los perjuicios causados) está expresamente contemplado en la LDC.

**a) *La existencia de intencionalidad***

La STS de 9 de junio de 2003 (recurso de casación núm. 8463/1998) toma en consideración la intencionalidad de la conducta de la recurrente (Liga de Fútbol Profesional) a efectos moderadores de la sanción, pues se admite que la finalidad última de la sancionada era la de favorecer la competencia deportiva mediante el saneamiento de los clubes de fútbol garantizando su supervivencia. No obstante lo anterior, y dado que se admite la posibilidad de comisión culposa de este tipo de faltas (STS de 17 de marzo de 2003, asunto Faconauto, por declaraciones imprudentes del presidente de una patronal), puede plantearse si la naturaleza de esta circunstancia es en realidad mixta en la medida en que también pudiera ser tomada como parámetro de agravación en el supuesto de que la voluntad del infractor de causar un perjuicio a la libre competencia fuera especialmente deliberada. La indeterminación del precepto hace posible esta construcción desde un punto de vista doctrinal, pero quizás su aplicación práctica pudiera ser más problemática, ya que, si se concibe como una circunstancia agravante, las exigencias del principio de taxatividad deben operar con mayor intensidad.

**b) *Sobre la reiteración y reincidencia***

Por lo que respecta a la reiteración y reincidencia es conveniente realizar algunas precisiones, pues ambas figuras son distintas.

**La reincidencia** se define en dicho texto en relación a dos parámetros: la firmeza de la resolución sancionadora previa y la comisión en el plazo de un año de una nueva infracción de la misma naturaleza, siendo su constitucionalidad admitida (STC 150/1991) sobre la base de que la sanción impuesta se debe a un hecho nuevo distinto de los que justifican la imposición de las sanciones precedentes, que inexcusablemente deberán ser firmes.

El cumplimiento de las exigencias mencionadas convierte en ineficaz esta técnica para agravar la responsabilidad de empresas que en un corto espacio de tiempo cometen varias infracciones de gravedad media o baja y causan, sin embargo, un grave perjuicio a la libre competencia.

No obstante lo anterior debe citarse una importante sentencia del TS (STS de 24 de octubre de 2000, recurso de casación núm. 4553/1996),

que ha sido seguida de forma prácticamente unánime por la jurisprudencia posterior. En su FJ 4 de forma expresa establece que la firmeza a que hace referencia el art. 131.3 de la Ley 30/1992 cuando se trata de resoluciones administrativas, concurre cuando «el acto administrativo no es susceptible de recurso ordinario administrativo alguno, incluido el potestativo de reposición», solución que permite la aplicación de la reincidencia respetando el limitado plazo de un año fijado en la Ley que debe mediar entre la previa sanción y la comisión de la conducta sancionada con esta agravante, pues si tuviera que esperarse a una firmeza judicial de la sanción previa, ello sería materialmente imposible.

El importante esfuerzo argumental desplegado por la sentencia que realiza un exhaustivo examen de la jurisprudencia del TS hasta la fecha, podría incurrir en una petición de principio en la medida en que parte de un presupuesto al menos discutible y ése es el de la identificación de la resolución administrativa firme con la categoría jurídica del acto definitivo. En ambos supuestos concurre la nota común de irrecurribilidad de la resolución en vía administrativa, pero existe también, para la generalidad de la doctrina, una diferencia relevante. Mientras que el acto definitivo causa estado, lo que implica a un tiempo su irrecurribilidad en vía administrativa y la posibilidad de ser impugnado jurisdiccionalmente, el acto firme es aquel acto definitivo que, por el transcurso de los plazos para la interposición de los recursos jurisdiccionales pertinentes, deviene inatacable. La diferencia como puede observarse es notable y de gran trascendencia para la aplicación de esta circunstancia, pues en el supuesto de que como consecuencia de la doctrina jurisprudencial expuesta se aplique esta agravante y posteriormente la sanción que la justificó sea anulada por un Tribunal, se causa un grave perjuicio al infractor sancionado, difícilmente reparable, quizás únicamente por el estrecho y gravoso cauce del recurso de revisión. De hecho no deja de ser llamativo que la reincidencia no se mencione de forma expresa en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia.

**La reiteración**, figura abandonada por el Código Penal vigente, se contempla sólo en el art. 131.3 de la Ley 30/1992, sin que se adicione exigencia alguna en orden a su aplicación, por lo que en apariencia podría ser la fórmula empleada para reprimir las conductas referidas. Sin embargo, su aplicación como circunstancia agravante plantea serias dudas de constitucionalidad a la luz de la doctrina de la STC 150/1991 y especialmente la 188/2005, ya que constituye presupuesto básico para la aceptación del ajuste constitucional de esta circunstancia como agravante en la toma en consideración de hechos ya juzgados que por ello no vuelven a ser enjuiciados. La invocación a estos efectos de la simple reiteración de conductas anteriores chocaría además con el principio de

presunción de inocencia, pues esas actuaciones previas podrían devenir inexistentes a todos los efectos ante su eventual anulación por los Tribunales.

**D) A modo de sugerencia: resulta conveniente la tipificación de la infracción continuada**

En estas circunstancias y ante la conveniencia, por la efectividad del sistema, de incriminar de forma más grave el tipo de conductas descrito, entiendo que es adecuada la invocación de la técnica del delito continuado, pues su utilidad sería evidente para la más contundente persecución de los cárteles que ante la nueva regulación de las sanciones, sustancialmente más elevadas, pudiera procurarse la reducción de su eventual responsabilidad mediante la comisión de una serie continuada de infracciones de menor gravedad, individualmente consideradas, pero de naturaleza y efectos idénticos o mayores si se toman en conjunto. También, dada su versatilidad, puede ser instrumento de atenuación de responsabilidad.

Esta construcción de origen jurisprudencial, expresamente avalada por la STC 89/1993 y posteriores, supone desplazar la problemática analizada desde la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad a la del concurso, siempre que concurren los presupuestos necesarios para ello, esencialmente la repetición sucesiva de una conducta homogénea que atenta contra un único bien jurídico protegido, supuesto más limitado que el abarcado por la agravante de reincidencia o reiteración pero coincidente en aspectos esenciales.

En principio, desde este punto de vista, no parece que exista inconveniente en calificar como conducta única y con mayor carga antijurídica esa serie reiterada de infracciones homogéneas de naturaleza menos grave si se consideraran individualmente, siempre que exista unidad en el dolo de la actuación.

Si bien el TC ha admitido la posibilidad de que se aplique esta fórmula sin que exista predeterminación normativa (STC 89/1983), se estima conveniente que una disposición con rango legal aborde de manera completa y sistemática esta figura ante la escasa, fragmentaria e incompleta regulación existente en el ámbito del Derecho administrativo, que no contempla los efectos de la realización de esta conducta (art. 4.2 y 6 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, sobre el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración). El Derecho penal puede aportar en este terreno su dilatada experiencia, y a este efecto cabe citar el art. 74 y concordantes del Código Penal.

Por otra parte, tampoco los Tribunales han acometido en profundidad esta tarea, si bien pueden citarse tímidas referencias a esta cuestión en la STS de 23 de marzo de 2005 (recurso de casación núm. 4777/2002) que se hace eco de lo paradójico que resulta la regulación de la reincidencia en la legislación positiva, y de forma más concreta la SAN de 28 de febrero de 2005, dictada en el recurso 134/2002 (Sindicato de Transportistas Autónomos del Puerto de Vizcaya).

Llamativamente, el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia contempla la reiteración como circunstancia agravante pugnando con la doctrina de la STC 118/2005, y no hace referencia alguna a la figura de la infracción continuada.

### **E) Las previsiones del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia**

En orden a la fijación de la cuantía de la multa, la parquedad del art. 10.2 de la LDC contrasta con los siete conceptos que se indican en el art. 64.1 del Proyecto de Ley mencionado, para fijar la cuantía de la sanción básica a reserva de la modulación final que resulte por el juego de las circunstancias modificativas. Como novedad, el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia introduce en su art. 64.2 y 3 de forma expresa y específica las circunstancias modificativas de la responsabilidad, agravantes y atenuantes, como concepto autónomo y diferenciado de los criterios para la determinación del importe de las sanciones establecidos en el art. 64.1. En este sentido, puede afirmarse que desde el punto de vista de la aplicación estricta del principio de legalidad, se introduce una notable mejora en orden a garantizar la observancia del principio de seguridad jurídica, sin perjuicio de que en determinados supuestos, mientras el marco legal no lo prohíba, puedan los Tribunales aplicar con más laxitud, al menos, las circunstancias atenuantes de acuerdo con la fórmula propuesta anteriormente.

En cualquier caso debe destacarse que el Proyecto de Ley contempla un considerable aumento de la cuantía de las multas, destacando que su concreta cuantificación, en los dudosos términos constitucionales expuestos por no establecer un límite máximo para las sanciones muy graves, es subsidiaria del sistema principal que instaura, basado en un cálculo porcentual sobre el volumen de ventas (hasta el 10 por 100 del volumen total de negocio de la empresa infractora en las faltas muy graves).