

Red Académica de Derecho de la Competencia (RADC)

Comunicación para la 1ª Jornada Anual. Junio 2015.

Las sanciones de las Autoridades de Defensa de la competencia en España tras la STS de 29 de enero de 2015

Soft law & Antitrust law. Comentario a la STS de 29 de enero de 2015 en su valoración de los criterios de soft law que aplica la CNC (actual CNMC).

Por Julia Ortega Bernardo¹.

Sumario: 1. ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA SENTENCIA. 2. LA CUESTIÓN DEL SOFT LAW. EL ENJUICIAMIENTO DE LOS CRITERIOS DE LA COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE LAS SANCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 2.1.- *La Competencia de la CNC y la naturaleza jurídica de la Comunicación por la que se fijan los criterios.* 2.2. *El alcance del control judicial sobre los criterios de cuantificación de las sanciones fijados por la Comisión Nacional.* 2.3. *La influencia del Derecho europeo sobre los criterios relativos al cálculo de las sanciones.* 3. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN FINAL. *Las Ventajas de la aplicación de soft law frente al hard law para el cálculo de las sanciones en materia de derecho de la competencia.* 4. BIBLIOGRAFÍA.

¹ julia.ortega@uam.es Profesora Contratada Doctora. Acreditada como Profesora titular. Facultad de Derecho. UAM

1.- ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA SENTENCIA.

En los últimos meses ha sido muy comentada la STS de 29 de enero de 2015 (*Recurso Núm.*: 2872 / 2013) sobre los criterios de determinación de las multas impuestas en aplicación de la legislación europea y española de defensa de la competencia - en los de los grandes despachos, tanto por los mercantilistas, en algún conocido blog², como por los especialistas en derecho administrativo³-. Ello da idea de su repercusión en el ámbito de este específico derecho administrativo sancionador y, por supuesto, de su innegable influencia sobre las posiciones que las empresas infractoras del derecho *antitrust* puedan sostener en los litigios aún abiertos.

La sentencia era esperada como agua de mayo a la vista de la última jurisprudencia de la Audiencia Nacional. Como ya es conocido, desde que se dictó la sentencia de 6 de marzo de 2013 (asunto de vinos de jerez), se revisaban una y otra vez las cuantías de las sanciones impuestas en esta materia en aplicación de unos criterios de apreciación para fijar su importe que diferían en ciertos extremos, y en ellos por completo, de los empleados por la Comisión Nacional de la Competencia⁴. Las discrepancias se centraban fundamentalmente en la interpretación de varios conceptos normativos contenidos en el texto legal - art. 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) -, determinantes para el cálculo de las multas: el relativo al mercado de referencia sobre el que habrían de fijarse los límites de las sanciones (si debería calcularse el importe final de la multa con respecto al volumen total del negocio en relación con los mercados

² “El límite del 10 % del volumen de negocio en las multas por cártel” por ALFARO AGUILA-REAL, J. (viernes 30 de enero de 2015) en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/el-limite-del-10-del-volumen-de-negocio.html> multas por cártel.

³ LOZANO CUTANDA, B. “El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los criterios de cálculo de las multas de defensa de la competencia: STS de 29 de enero de 2015”, *Diario La Ley*, (2015), nº 8497.

⁴ En el mes de marzo de 2013, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó un grupo de sentencias, todas ellas referidas a las resoluciones dictadas por la autoridad de defensa de la competencia en el asunto *Vinos Finos de Jerez*. La primera es la sentencia de 6 de marzo de 2013 (rec. n.º 619/2010, ponente: D.ª Concepción Mónica Montero Elena), que contó con el voto particular discrepante de la Magistrada D.ª Lucía Acín Aguado. A esa sentencia han seguido después, por citar solo algunas, las de 7 de marzo de 2013 (rec. n.º 535/2010); 8 de marzo de 2013 (rec. n.º 540/2010) y 10 de abril de 2013 (rec. n.º 622/2010). Con carácter general, la Audiencia Nacional aplicó la misma doctrina en los procesos judiciales pendientes en los que se revisan resoluciones sancionadoras de la Comisión Nacional de la Competencia.

concernidos por la actividad global de la empresa infractora o establecerse simplemente en atención al mercado sectorial afectado por la infracción); y con respecto al espacio temporal al que referir dicho volumen total de actividad.

La sentencia es muy clara al establecer los criterios que a juicio del tribunal se extraen directamente de la interpretación de la norma legal y han de seguirse a estos efectos. Confirma en parte aquellos que en su momento habría aplicado la propia Administración de Defensa de la Competencia. Pero no escatima esfuerzos en explicar que los límites impuestos en la ley han de ser respetados en sus mínimos y máximos por las sanciones que se impongan atendiendo a su gravedad. En este punto el Tribunal insiste en subrayar que el límite máximo legal del 10 por ciento no puede ser un “umbral último de nivelación” que moderaría los resultados de la aplicación de los criterios administrativos, sino el límite máximo las sanciones calificadas como muy graves dentro del cuadro sancionador (conforme al principio de predeterminación legal de las penas).

Hasta aquí todo es bastante diáfano. Se trataba de indicar la solución hermenéutica que coincidiera con una lectura más o menos ajustada a la literalidad de la norma y a la voluntad del legislador, pero también que permitiera lógicamente el equilibrio de los principios en tensión: proporcionalidad de la sanción con respecto a la infracción cometida *versus* eficiente ejecución del derecho de defensa de la competencia, que como todo derecho sancionador cumple una función preventiva, y debe ser aplicado con el fin de lograr el suficiente grado de disuasión de las correspondientes conductas infractoras.

2. LA CUESTIÓN DEL SOFT LAW. EL ENJUICIAMIENTO DE LOS CRITERIOS DE LA COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE LAS SANCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

2.1.- La Competencia de la CNC y la naturaleza jurídica de la Comunicación por la que se fijan los criterios.

El problema aparece cuando se entran a valorar los criterios que la Comisión Nacional ha seguido de forma continuada para el cálculo de las sanciones. Se trata de parámetros que la Comisión incluso ha racionalizado, sintetizado y publicado a través de la

*Comunicación sobre la cuantificación de sanciones de 6 de febrero de 2009, derivadas de las 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 (cfr. Boletín Oficial del Estado de 11 de febrero de 2009)*⁵.

En relación a esta cuestión el Tribunal intenta ser ponderado y prudente a la hora de valorar jurídicamente la *Comunicación*, pero no consigue llegar al acierto. Probablemente lo que más chirría, aunque no solo, es que el TS afirme que la Comisión Nacional carece de poder para elaborar y publicar la *Comunicación* cuando la DA 3ª LDC atribuye esa competencia, al establecer que la Comisión podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación⁶. De hecho la *Comunicación* como tal meramente fija unos principios de actuación, establecidos por el propio órgano administrativo competente para aplicar el Derecho sancionador, “*que constituyen criterios adicionales que le permiten concretar el supuesto de hecho normativo de forma óptima para preparar la subsunción*” del supuesto de hecho, en este caso el de las circunstancias concretas de la infracción, y su consecuencia jurídica, que no será otra que el importe de dicha sanción. La *Comunicación* contiene “*criterios que dirigen eficazmente la actuación administrativa sancionadora*”, “*resultan determinantes de su actuación, porque son utilizados por la Administración para construir la concreta norma de conducta aplicable en los supuestos de ejercicio de sus facultades discrecionales*”, esto es, a la hora de concretar el supuesto de hecho infractor. Estas características que responden al patrón de lo que RODRÍGUEZ DE SANTIAGO⁷, describe y califica como *soft law*, y que resultan

⁵ Con arreglo a los criterios de esta Comunicación, la CNC calcula las sanciones a partir de la determinación del denominado «*importe básico de la sanción*». Dicho importe se calcula, entre otros factores, mediante **la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados donde haya producido efectos la infracción**, durante el tiempo en el que la infracción haya tenido lugar. Sobre esa suma ponderada se **aplican unos porcentajes de modo que, en función de la gravedad de la infracción, esta se situará entre un 10 y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción**, considerando todos los años de duración de la conducta ilícita. Sobre el importe básico de la sanción se aplican **determinados ajustes en función de la concurrencia de atenuantes o agravantes** hasta obtener el importe definitivo de la sanción.

⁶ Idéntica previsión recoge en la actualidad el art. 30.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia:

Artículo 30 Circulares, circulares informativas y comunicaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (...) 3. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá dictar comunicaciones que aclaren los principios que guían su actuación.

⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *Metodología del Derecho administrativo (Inédito)*. Sobre este asunto del mismo autor, puede leerse el post: “La fuerza del derecho débil” en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/06/la-fuerza-del-derecho-debil.html#more>

análogas a los de otros instrumentos”, que sí se encuentran expresamente regulados en nuestro derecho (p.e. instrucciones y órdenes de servicio del art. 21 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico y procedimiento administrativo común, LRJPAC), dictados no por el propio órgano que actúa sino por el superior que dirige su actuación.

2.2. El alcance del control judicial sobre los criterios de cuantificación de las sanciones fijados por la Comisión Nacional.

Pero con todo y con ello el Tribunal en la STS de 29 de enero de 2015 no anula la *Comunicación*. Seguramente la critica sin fiscalizarla porque sabe que no le vincula, poniendo así de manifiesto que la *Comunicación* no funciona ni como objeto de control (no tiene entidad propia como para ser anulada y además no ha sido impugnada), ni como norma de control, puesto que no obliga a los tribunales. No puede ser, a fin de cuentas, utilizada por un órgano judicial para declarar con exclusivo fundamento en ella la invalidez de la actuación administrativa.

Cabe con ello decir, que “la inobservancia de un criterio de *soft law* puede permitir a un órgano judicial declarar la invalidez de la decisión de que se trate haciendo entrar *indirectamente* el criterio incumplido en la estimación de una alegación en la que se invoquen, por ejemplo, la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) o de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), si la Administración no justificó adecuadamente por qué ese caso no fue tratado conforme a los criterios generalmente utilizados”⁸.

En realidad, no debería ser problemático que el órgano administrativo, en este caso la organización, que tiene atribuido un poder discrecional como el de sancionar “*haga públicos los criterios con los que cumplirá en sede aplicativa su tarea de integración de la norma de conducta*”⁹, de concreción de los parámetros que va a seguir para ejercer su actividad de ejercicio discrecional, en este caso dictar resoluciones sancionadoras. Son reglas que pueden aplicarse en conformidad a los criterios legales del art. 63 y 64 LDC. Además son dictadas por un organismo administrativo legitimado democráticamente

⁸ *Ibidem*

⁹ *Ibidem*.

aunque sea de forma indirecta (art. 15 Ley 3/2013, de 14 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Por ello no se entiende por qué no puede seguir aplicándose esta *Comunicación* siempre que su contenido se interprete conforme al principio de proporcionalidad (en el caso concreto la sanción así calculada atendiendo a la gravedad de los hechos no resulte excesiva), y resulte ajustada a la vigente LDC, esto es, se integre en el marco legal vigente, el cual, por otro lado, es (probablemente se desea así) muy escueto. El apartado 20 de la *Comunicación* expresamente establece que el importe final de la sanción no podrá en ningún caso superar los límites máximos que, para cada tipo de infracción, establece el art. 63 LDC.

2.3. La influencia del Derecho europeo sobre los criterios relativos al cálculo de las sanciones.

Además el TS parece entender que la *Comunicación* es un simple trasunto de la actividad que desarrolla la Comisión Europea en materia de Defensa de la Competencia, que también dicta Directrices que contienen los criterios con los que se ejercerá la amplísima facultad discrecional que le otorga tanto el TFUE (art. 105) como el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales arts. 101 y 102 TFUE). En definitiva, la sentencia comentada apunta (FD 5) que se trataría de un método de cálculo disconforme con la ley en cuanto especialmente inspirado en los criterios aplicados por la Comisión Europea, actualmente recogidos en las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) nº 1/2003* (cfr. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 1 de septiembre de 2006). Es cierto que la propia Comisión ha encauzado su poder a través de numerosas Comunicaciones y Directrices aprobadas en esta materia, y estos instrumentos carecen exclusivamente por sí mismos, en principio, de eficacia como normas de control¹⁰. En este sentido puede leerse la STJUE de 28 de junio de 2005, C-189, 202, 205, 208 & 213/02 P, *Dansk Rørindustri y otros v. Comisión*, E I – 5495, párrafo 209:

¹⁰ HOFMANN, H. ‘Negotiated and non negotiated administrative rule-making: the example of EC Competition policy’. *Common market law review* (2006), núm. 43-1, p. 155.

“Pronunciándose sobre unas medidas internas adoptadas por la Administración, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien éstas no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la Administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato. Por consiguiente, dichas medidas constituyen un acto de carácter general cuya ilegalidad pueden invocar los funcionarios y agentes afectados en apoyo de un recurso interpuesto contra decisiones individuales adoptadas con arreglo a las mismas (véase la sentencia de 15 de enero de 2002, Libéros/Comisión, C-171/00 P, Rec. p. I-451, apartado 35)”.

Esto explica por qué los criterios de la Comisión europea tampoco se han discutido en la sede correspondiente. En relación con ellos la jurisprudencia del TSJUE se ha limitado¹¹ a enjuiciar las sanciones en las que se incurría en error manifiesto de apreciación, lo que al mismo tiempo ha supuesto garantizar la consistencia interna de la política implantada por la Comisión en materia de multas. En este ámbito se da la paradoja de que el control judicial pleno que existe en relación con la fiscalización de las sanciones (derivado de los arts. 261 TFUE y 31 Reglamento 1/2003) se ha reducido en la práctica a desplegarse con un alcance reducido, equiparable a una mera función revisora de la legalidad. Se encuentran numerosas sentencias en las que el control implica una sustitución de la decisión por error, pero en ningún caso se enjuician la metodología del cálculo, ni los criterios utilizados por la Comisión para su fijación¹².

Asimismo hay que advertir que los parámetros de cuantificación de las sanciones dictados por la Comisión Nacional se emplean tanto cuando lo que se aplica, como en el supuesto enjuiciado, resulta ser el derecho europeo de defensa de la competencia (arts. 101 y 102 TFUE) como cuando se trata de ejecutar el derecho nacional (arts. 1 y 2 LDC). En este

¹¹ Con cierta perplejidad lo pone de manifiesto GERADIN D. N. (2010) ‘Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment’. *Tilburg Law and economics Center (TILEC), Law and Economics Discussion Paper* Nº. 2011/8 and *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper* No. 1/2001.

¹² Esta situación contrasta con las conclusiones que se extraen de la experiencia española. Así, del estudio realizado sobre los años 2007-2012 por PADROS REIG, C., (2003) “Spanish Competition Commission on Trial”, *European Competition Law Review*, Vol. 34, 11, 597-606, se deriva que hay poca deferencia judicial con los criterios que en materia de multas baraja la Comisión Nacional española, los cuales no vinculan a los jueces – aunque recordemos que en el caso europeo en puridad sucede lo mismo, en tanto que se trata de *soft law* - y se destaca el dato de que el 50 por ciento de las multas hayan sido revisadas en vía judicial, a fin de proceder a su reducción.

sentido puede afirmarse que cabe una aplicación simultánea de ambos ordenamientos jurídicos, lo que significa que, en principio, cabe incurrir en dos infracciones a la vez. Conforme a la teoría doctrinal de la doble barrera - que se declaró por primera vez en la STJ de 13 de febrero de 1969, *Wilhelm v. Bundeskartellamt*, 14/68, confirmada posteriormente por STJUE de 10 de julio de 1980, *Giry y Guerlain y otros*, 253/78, y sentencias de 9 de septiembre de 2003, *Milk Marque y National Farmers Union*, C-137/00, Rec. p. I-7975, apartado 61, y de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros*, C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619, apartado 38 - la aplicación de los dos derechos, del europeo y del nacional, no supondría una vulneración de prohibición del principio *ne bis in ídem*, puesto que este resultaría inaplicable al faltar el requisito del mismo fundamento jurídico. En la actualidad la descentralización de la aplicación del derecho europeo ha traído consigo en muchas ocasiones la innecesariedad de plantearse la aplicación o no de dicho principio, ya que con misma sanción que se impone por parte de la Autoridad Nacional, al menos en el caso español, se castiga tanto la conducta infractora del ordenamiento europeo como la infracción del derecho interno¹³.

En relación con esto último, hay que tomar en consideración que desde el punto de vista del equilibrio de poderes entre la Unión Europea y nuestro Estado, el sistema de reparto de competencias y de ejecución de las normas europeas de Defensa de la competencia permite hablar de un *modelo de Administración dual, paralela y, parcialmente descentralizada*¹⁴ para la aplicación del Derecho sustantivo de la Unión Europea desde la aprobación del Reglamento 1/2003.

En la ejecución del Derecho europeo por parte de los Estados Miembros se sigue la fórmula de unión administrativa europea o Administración integrada¹⁵, caracterizada por

¹³ Se trataría de un concurso ideal de sanciones. Un solo hecho constituye dos infracciones distintas. En el ámbito penal esta técnica se halla regulada en el artículo 77 del CP. Al respecto MIR PUIG, S. (2011) *Derecho Penal. Parte General*. 9ª Ed. Reppertor. Barcelona.

¹⁴ Sobre los factores y líneas directrices de la descentralización FUCHS A. ‘Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht’ en FUCHS A. ‘Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht’ en SCHNEIDER, J.P. SCHWARZE, J.P., MÜLLER-GRAFF P.C. *Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung*, (Baden-Baden: XVIII. Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht am 26./27. November 2004 in Osnabrück, Nomos. 2005).

¹⁵ Sobre este concepto de Unión administrativa europea, *Vid.* SCHNEIDER, J.P. (2008) ‘Estructuras de la Unión Administrativa Europea – Observaciones Introdutorias’ en VELASCO CABALLERO, F. y SCHNEIDER J.P. (Dir.), *La Unión Administrativa Europea*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 33-34.

el establecimiento de fuertes elementos cooperativos mediante el uso de instrumentos organizativos – con la creación de una red de autoridades - y procedimentales de interconexión, por lo que respecta al intercambio de información y a la colaboración en el ejercicio de las facultades de investigación. También en relación la preparación del contenido material de las decisiones. En las fases iniciales el ejercicio competencial es pues dual y concurrente, por cuanto la competencia se puede ejercer de forma paralela al comienzo por la Comisión europea o por la Comisión española (CNMC). Sin embargo, conviene precisar que la decisión definitiva, la que pone fin al procedimiento de infracción de las normas europeas de defensa de la competencia, es adoptada exclusivamente *o de forma centralizada*, por la Comisión -, *tras haber seguido un procedimiento en el que se llevan a cabo obligatoriamente interconexiones propias de la Unión Administrativa europea* - con consulta previa obligatoria al Comité Consultivo de la Red, del que forma parte la Autoridad española-, *o de forma descentralizada* por la CNMC *conforme al procedimiento administrativo nacional*. La ventaja de esta forma de articulación es que garantiza adecuadamente el acceso al derecho a la tutela judicial con respecto a las decisiones finales que ponen fin al procedimiento, teniendo en cuenta que en la actualidad el sistema europeo de tutela judicial se basa también en un sistema dual de separación. En conformidad con el mismo, los actos de aplicación de los órganos comunitarios han de ser recurridos ante los tribunales europeos, y los actos de los Estados miembros ante los tribunales nacionales¹⁶.

En ocasiones, aunque el asunto aunque pudiera ser conocido por la Autoridad española, esto es por la actual CNMC, la competencia corresponde la Comisión – y no sólo si afecta a más de tres Estados miembros –. Esto sucede siempre que el asunto tenga impacto a nivel comunitario a decisión de la Comisión (cláusula de recuperación), contando, eso sí, con la participación de la Red y consultando a la Autoridad Nacional. Esta cláusula supone un poder (discrecional) de avocación en manos de la Comisión previsto en el art. 11.6 Reglamento 1/2003¹⁷.

¹⁶ Así en SCHNEIDER J.P. (2008), *op. cit.*, p. 40.

¹⁷ GUILLÉN CARAMÉS, J. ‘La ejecución del derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales’, *Revista de Derecho de la Unión Europea* (2011) núm. 20, p. 29.

Asimismo cuando quien decide en última instancia es la Autoridad Nacional, en nuestro caso la CNMC, ha de consultarse en muchos casos a la Comisión, pero no ha de seguirse obligatoriamente un procedimiento propio de Administración integrada o unión administrativa europea – con interconexiones procedimentales en cuanto al intercambio de información con necesidad de recabar consultas previas -.

La aplicación del derecho europeo de la competencia lo es, por tanto, del derecho sustantivo, contenido en los arts. 101 y 102 TFUE y de aquellos preceptos del Reglamento 1/2003, que resultan destinados a las Autoridades de los Estados miembros, por lo general Administraciones públicas (sobre esto se volverá *infra*, en el apartado 3). Sin embargo, la organización y el procedimiento no están europeizados, son objeto de regulación por cada Estado Miembro. Como la organización y el procedimiento no se hallan armonizados¹⁸, - como se encarga expresamente de recordar la STS de 29 de enero de 2015 (FD 6) -, justamente por ello es necesario que desplieguen su virtualidad los principios de efectividad y de equivalencia en la aplicación del derecho sustantivo europeo¹⁹; de modo que los empresarios que infrinjan el derecho europeo y sean sancionados por la Autoridad nacional no se vean en gran medida ni más ni menos favorecidos que aquellos que lo fueran por la Comisión o por las Autoridades de otros Estados miembros. Esto explica, y justifica, la posible orientación hacia los criterios barajados por la Comisión europea. El principio de cooperación leal (art. 4.3 TFUE), exigencia inherente a los sistemas políticos descentralizados, supedita la competencia procedimental de los Estados Miembros. En este sentido, entre las sentencias que imponen la sujeción de la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros a tales principios en los que se proyecta el principio de cooperación leal, *Vid.* la STJCE de 12 de febrero de 2008, as. C-2/06, *Willy Kempter KG/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, p. I-411, apdo.57²⁰.

¹⁸ No hay ningún precepto de Derecho europeo que se refiera a ellos, por lo que se dejan a la libre disposición de los Estados Miembros.

¹⁹ Al respecto ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2013) *Revisión de actos administrativos nacionales en Derecho administrativo europeo*. Civitas, IVAP, Thomson Reuters, pp. 79-80.

²⁰ *Ibidem*.

3. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN FINAL: *las ventajas de la aplicación de soft law frente al hard law para el cálculo de las sanciones en materia de derecho de la competencia.*

Lo más seguro es que la *Comunicación* continúe aplicándose. Las dudas sobre su aplicación no las ha despejado la sentencia (no podía aclararlas pero lo que sí ha hecho es suscitarlas). De momento parece probable que la *Comunicación* seguirá aplicándose en tanto que permanece íntegramente publicada en el BOE y en la web de la nueva Comisión.

La inaplicación de los criterios adoptados y publicados por la Comisión sólo en algunos casos y no en otros, sí que podría lesionar principios jurídicos como la igualdad, la objetividad y la interdicción de la arbitrariedad. Estos serían argumentos para sostener que debería seguir aplicándose esta *Comunicación* para que nada de ello suceda.

La cuestión es que los beneficios que se obtienen con la publicación de la *Comunicación* por parte de la Administración que aplica el derecho de la competencia, de la actual CNMC - el reforzamiento de los principios de igualdad (art. 14 CE), objetividad (art. 103.1 CE), seguridad jurídica (art. 9.1 CE) y el respeto a la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) -, no parece que puedan conseguirse en un grado tan óptimo por otras vías jurídicas. Podríamos plantearnos, desde luego, dos posibles.

Por un lado, ante la inexistencia de unos criterios generales de cuantificación de las multas, y ante la ausencia de unos parámetros normativos más detallados y precisos que los que ofrece la vigente LDC (arts. 63 y 64), la única salida para crear seguridad jurídica e igualdad en el cálculo de las sanciones, la tendría la aplicación del precedente administrativo²¹. La ventaja de que sea una *Comunicación* la que prevea los criterios de cuantificación las sanciones sobre el precedente administrativo, es que a través de la misma las pautas que sigue la Administración a efectos de calcular la sanción están ya publicadas; se ofrece unos parámetros públicos que no sólo contribuyen a la igualdad a las empresas que vayan a ser sancionadas, en relación con aquellas que lo fueron, sino que crea una mayor certidumbre y seguridad jurídica. Su generalización y su publicación en el BOE implica que no hay que indagar indefectiblemente en las decisiones

²¹ Sobre esta técnica y sobre los requisitos de su aplicación *Vid.* DÍEZ SASTRE, S. (2008) *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid, Marcial Pons, en especial pp. 238-271.

sancionadores anteriores, en los supuestos de hechos de las sanciones ya impuestas y demostrar su aplicación a supuestos análogos, para conocer e invocar los criterios que han de regir con carácter general la actuación administrativa que ha de seguirse a este respecto.

La otra solución sería que los criterios legales contenidos en los arts. 63 y 64 LDC que cumplen con la exigencia de predeterminación normativa de las sanciones que se deriva del principio de reserva de ley en este ámbito (art. 25 CE) pudieran ser objeto de desarrollo y de una mayor precisión por medio de la aprobación de una norma reglamentaria dictada por el Consejo de Ministros (art. 97.1 CE, art. 23 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).

El problema que ello suscita es que justamente lo que se pretende en este ámbito es que quien aplique, ejecute el Derecho administrativo sancionador en materia de la competencia sea una Administración que actúe con autonomía funcional y que no se encuentre sometida jerárquicamente al Gobierno. Se entiende que una organización dirigida exclusivamente por expertos independientes en este ámbito, libre de interferencias gubernativas, se va a encontrar en mejores condiciones de ejecutar una política en materia de defensa de la competencia que refuerce la protección del principio de libre competencia empresarial (esto es, la vertiente jurídico-objetiva del art. 38 CE). En resumidas cuentas, aunque el sistema europeo de defensa de la competencia no lo exige, sí parece orientar a los Estados miembros a que sea una Administración independiente (de las directrices del poder gubernativo y de su dependencia partidista, al menos hasta cierto punto), la que ejerza la discrecionalidad en este ámbito.

Recientemente la Comisión europea ha enumerado²² las características con las que han de contar las NCAs (*National Competition Authorities*) y los principales rasgos que rigen su funcionamiento, y ha contrastado su existencia en los diferentes Estados miembros. Pues si bien es cierto que el Derecho europeo de la competencia es un derecho sustantivo, contiene alguna regla relativa a la organización jurídica encargada de su aplicación. - en este punto cabe citar el art. 35 Reglamento 1/2003 que dispone de forma genérica que se garanticen (ha de entenderse por los legisladores nacionales) los poderes necesarios para

²² SWD (2014) 231/2 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT *Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues* Accompanying the document *Communication from the Commission to The European Parliament and The Council. Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives* {COM (2014) 453}.

cumplir con las finalidades inherentes a la efectiva aplicación del Derecho europeo - . En esta línea cabe mencionar también, como se ha expuesto, la creación de una *Red de Autoridades de defensa de la competencia* en la que se integran las organizaciones u órganos nacionales que aplican el derecho de defensa de la competencia y en cuyo seno se despliegan relaciones interadministrativas de cooperación para el eficaz cumplimiento del derecho europeo *antitrust* y para el eficiente reparto de asuntos entre la Comisión europea y las Autoridades de los Estados Miembros, las cuales, en cierta medida, resultan así coordinadas y dirigidas por aquella (por la propia Comisión europea). Ante estos datos es muy difícil, sino imposible, negar que el Derecho europeo de la competencia despliega en efecto una cierta influencia en la organización y en el procedimiento de los Estados miembros. A esto ya se ha hecho referencia (*supra* 2.3).

En definitiva, el margen amplio de decisión que el legislador democrático ha otorgado a la Comisión Nacional para la configuración de las sanciones en esta materia y que esta Administración ha de ejercer hoy por hoy directamente, sin intermediación del Gobierno, encuentra su fundamento y justificación en los mismos argumentos que explicarían y legitimarían su propia existencia, y que permiten individualizarla como una Administración para la ejecución indirecta del Derecho europeo.

4. BIBLIOGRAFÍA.

ALFARO AGUILA-REAL, J. “El límite del 10 % del volumen de negocio en las multas por cártel” (viernes 30 de enero de 2015) en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2015/01/el-limite-del-10-del-volumen-de-negocio.html> multas por cártel.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2013) *Revisión de actos administrativos nacionales en Derecho administrativo europeo*. Navarra, Civitas, IVAP, Thomson Reuters.

DÍEZ SASTRE, S. (2008) *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

FUCHS A. (2005) ‘Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht’ en FUCHS A. ‘Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen

Wettbewerbsaufsicht' en SCHNEIDER, J.P. SCHWARZE, J.P., MÜLLER-GRAFF P.C. *Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung*, (Baden-Baden: XVIII. Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht am 26./27. November 2004 in Osnabrück, Nomos).

GUILLÉN CARAMÉS, J. 'La ejecución del derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales', *Revista de Derecho de la Unión Europea* (2011) núm. 20, pp. 15-42.

GERADIN D. N. (2010) 'Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment'. *Tilburg Law and economics Center (TILEC), Law and Economics Discussion Paper* N°. 2011/8 and Tilburg Law School Legal Studies Research Paper No. 1/2001.

HOFMANN, H. 'Negotiated and non negotiated administrative rule-making: the example of EC Competition policy'. *Common market law review* (2006), núm. 43-1.

LOZANO CUTANDA, B. "El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los criterios de cálculo de las multas de defensa de la competencia: STS de 29 de enero de 2015", *Diario La Ley*, (2015), nº 8497.

MIR PUIG, S. (2011) *Derecho Penal. Parte General*. 9ª Ed. Reppertor. Barcelona.

PADROS REIG, C., (2003) "Spanish Competition Commission on Trial", *European Competition Law Review*.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *Metodología del Derecho administrativo (Inédito)*.

- "La fuerza del derecho débil" en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/06/la-fuerza-del-derecho-debil.html#more>

SCHNEIDER J.P. (2008) 'Estructuras de la Unión Administrativa Europea – Observaciones Introdutorias' en VELASCO CABALLERO, F. y SCHNEIDER J.P.(Dirs.), *La Unión Administrativa Europea*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.