

## LA POLÍTICA SANCIONADORA EN MATERIA DE COMPETENCIA DE LA CNMC: ¿CAMBIO DE TENDENCIA O CONTINUIDAD?

Diego Crespo y Ángeles Jiménez | 7 de octubre de 2014



### ❖ CUMPLEAÑOS FELIZ

El 7 de octubre de 2013 nació la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") con el objetivo de "...preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos"<sup>1</sup>, fusionándose en un único "superregulador" la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) junto con otros reguladores sectoriales.

Superado el año de vida, es momento de hacer un primer balance, centrándonos en este momento en la política sancionadora de la CNMC en materia de competencia.

Como veremos a continuación, lo primero que llama la atención es una significativa reducción en el número de resoluciones sancionadoras y, sobre todo, en el importe de las multas. Ello parece encajar con el objetivo declarado por el nuevo presidente de buscar otros mecanismos más eficaces para promover la competencia<sup>2</sup>, distanciándose de un cierto "frenesí sancionador" de la CNC en sus últimos tiempos.

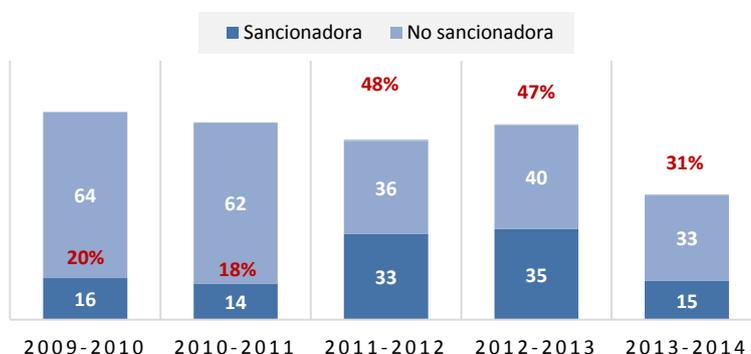
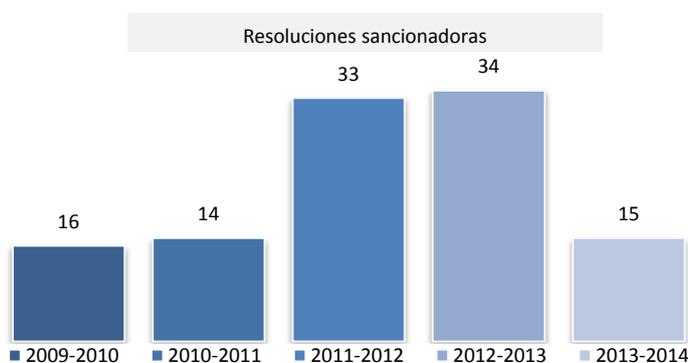
No obstante, un análisis más en detalle revela que esta es una conclusión precipitada. **No cabe hablar de menor actividad y aún menos de cambio de tendencia en el recurso a la potestad sancionadora a la hora de terminar los expedientes. Y sobre la cuantía de las multas, si bien es cierto que los criterios para el cálculo han variado, tampoco puede afirmarse, al menos no de manera contundente, que la CNMC sea ahora más benévola.**

### ❖ MENOS RESOLUCIONES SANCIONADORAS Y MENOS INCOACIONES... ¿VUELTA A LA NORMALIDAD?

Una primera aproximación a la política sancionadora de la CNMC podría hacer pensar que el nivel de actividad ha caído drásticamente.

En efecto, **en su primer año de vida, la CNMC ha dictado únicamente 15 resoluciones sancionadoras**; esto es, menos de la mitad de las dictadas en los dos ejercicios anteriores (2011-2012 y 2012-2013).

Y si comparamos el dato de resoluciones sancionadoras con el número total de expedientes por infracción seguidos ante la autoridad, incluyendo todos los finalizados sin multa (por archivo; por no haber sido acreditada la infracción o por terminación convencional), vemos que existe también una diferencia de casi 16 o 17 puntos respecto a los dos ejercicios anteriores: **31% de los expedientes han terminado con sanción en el último año** frente a casi el 50% en 2012-2013 y en 2011-2012.



Fuente: elaboración propia a partir de la información publicada en las páginas web de la CNC y de la CNMC.

<sup>1</sup> Artículo 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>2</sup> En efecto, el presidente de la CNMC, José María Marín Quemada, ha señalado en varias intervenciones públicas que la imposición de multas ha de considerarse un fracaso y que debe abogarse por la prevención y el diálogo (v. [http://economia.elpais.com/economia/2013/11/22/actualidad/1385121033\\_240131.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/11/22/actualidad/1385121033_240131.html))

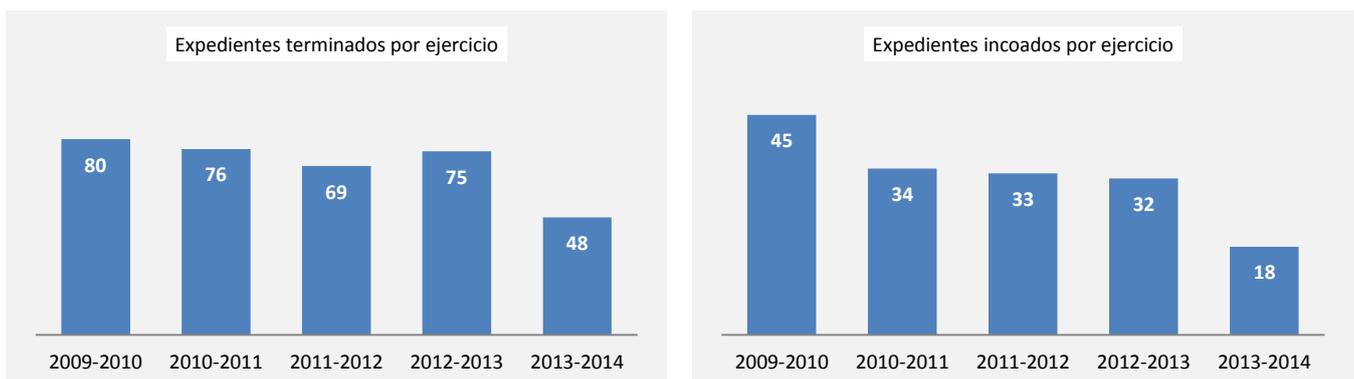
Sin embargo, en los dos gráficos anteriores también puede apreciarse que, comparándose con lo acontecido en el periodo 2009-2011, el número de resoluciones sancionadoras es casi idéntico, pese a una ligera caída en el total de expedientes finalizados, mientras que la proporción de casos resueltos que acaban con sanción ha sido incluso superior en este último año (31%), que en 2009-2010 (20%) y en 2010-2011 (18%).

**Por tanto, lejos de considerar este primer año de actividad de la CNMC en materia sancionadora como excepcional, lo que debemos es hablar de una cierta "vuelta a la normalidad".**

Esta impresión se refuerza si se tiene en cuenta la hiperactividad de la CNC en sus últimos tiempos –solo en el último mes de vida la CNC resolvió 12 expedientes sancionadores para un total de 58 millones de euros en multas– y la deseable prudencia que debería presidir la actuación de cualquier institución al comienzo de su actividad.

Por otro lado, es cierto que el número total de resoluciones en el ámbito sancionador –únicamente contabilizamos las que de una manera u otra ponen fin al expediente administrativo– es significativamente menor (48 vs. una media de 75 en los cuatro ejercicios anteriores), pero esto no puede ser considerado como un indicador de menor actividad, pues la mayor parte de los expedientes finalizados este último año se corresponden con asuntos iniciados en su momento por la Dirección de Investigación de la CNC (recuérdese que la duración prevista de estos expedientes es de 18 meses desde su incoación).

Por el contrario, **el número de incoaciones de nuevos expedientes en los doce últimos meses también ha caído sustancialmente** (19 casos vs. una media de 36 en los últimos cuatro años), lo que sí podría indicar una cierta ralentización de la actividad de la CNMC. No obstante, no pensamos que esta disminución deba calificarse de preocupante, teniendo en cuenta las circunstancias y la necesaria adaptación a la organización.



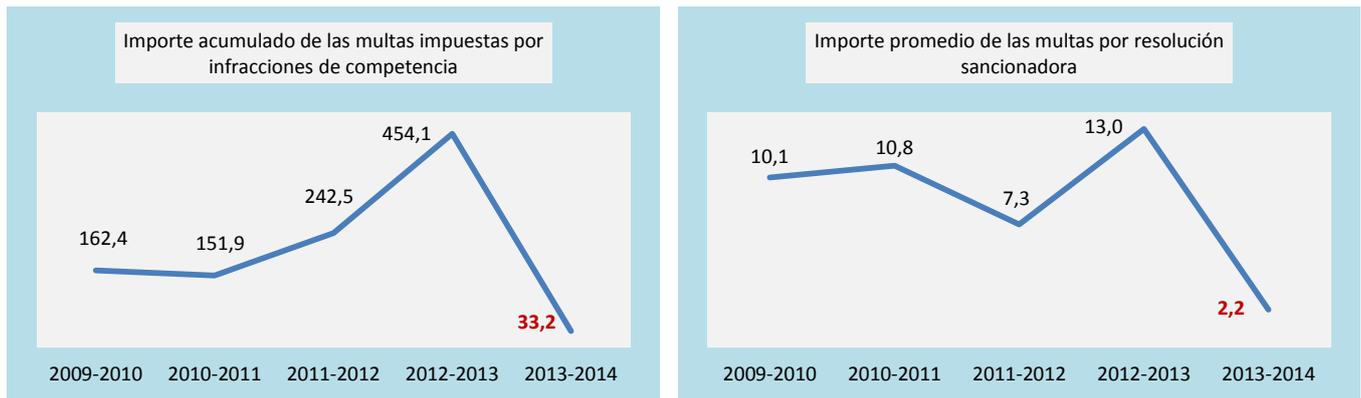
Fuente: elaboración propia a partir de la información publicada en las páginas web de la CNC y de la CNMC. En el número de expedientes terminados se han incluido las resoluciones de archivo de las denuncias recibidas –sin que por tanto se haya incoado expediente–, lo que explica la desproporción con la información sobre el número de incoaciones.

Y para terminar el análisis sobre resoluciones sancionadoras en el primer año de vida de la CNMC cabe destacar que solo hay **un caso de terminación convencional** (*General Motors España, S.L.U.*) y que de los tres cárteles resueltos, únicamente uno ha sido descubierto por **una solicitud de clemencia** (*Equipos contra incendios*).

#### ❖ ¿UNAS MULTAS MÁS BENÉVOLAS?

Desde la puesta en marcha de la CNMC en octubre de 2013, **la CNMC ha impuesto multas por un total de 33,2 millones de euros**. Pues bien, es evidente que esta cifra resulta sorprendentemente reducida si se compara con los datos disponibles para los ejercicios anteriores (y esta vez, no solo con los 454 millones del ejercicio 2012-2013, sino también con los años anteriores).

Es cierto que esta drástica caída obedece en gran parte a que, como hemos visto, en el último año ha disminuido el número de resoluciones sancionadoras. No obstante, como demuestra la comparación con lo ocurrido en el periodo 2009 a 2011, es evidente que esto no es suficiente para explicar la magnitud de la caída. En efecto, si relacionamos el importe total con el número de resoluciones, se comprueba igualmente que las multas por resolución impuestas por la CNMC son sensiblemente más bajas que las dictaminadas por su predecesora, **pasándose de una media superior a los 10 millones de euros desde el 2009 hasta el 2013 vs. apenas un promedio de 2,2 millones en el último año**. De hecho, si no tuviéramos en cuenta la primera multa impuesta por la CNMC en el expediente *Mediapro* (con una sanción de 15 millones de euros), la media por resolución se reduciría aún más hasta casi la mitad.



Fuente: elaboración propia con base en la información publicada en la página web de la CNC y de la CNMC.

Ciertamente, los dos gráficos anteriores son muy llamativos y pueden llevar a pensar que, efectivamente, la CNMC estaría actuando con mucha menos severidad a la hora de determinar el importe de las sanciones a imponer a los infractores de la normativa de competencia.

**No obstante, también en este caso pensamos que esta sería una conclusión precipitada**, y que es necesario analizar la información disponible con más precisión y rigor. En efecto, en la determinación de las multas intervienen multitud de factores que no aparecen reflejados en los datos aportados y que pueden ser ciertamente determinantes. Así, sería necesario comprobar –y comparar– cuestiones tan dispares como la gravedad de la infracción (no se sanciona igual un cártel que el incumplimiento de una obligación formal); el número de empresas sancionadas (no es lo mismo una empresa sancionada que diez, o que veinte); la duración de la infracción; el sector de actividad y la importancia de las empresas (compárese el sector energético con el de la cría de caballos); etc.

Por nuestra parte, no hemos realizado un análisis pormenorizado de todas estas cuestiones, pero sí hemos estudiado cada una de las resoluciones para intentar determinar si existe un patrón común en el modo en el que CNMC procede a la hora de determinar el importe de las sanciones, lo que pensamos resulta mucho más útil a la hora de poder valorar la actuación de la nueva autoridad y, más importante aún, a la hora de poder predecir lo que esta hará en el futuro.

#### ❖ CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES POR LA CNMC...

Como se aprecia en la información que se recoge en el Anexo sobre las 15 resoluciones analizadas, lo primero que se debe destacar es la gran **heterogeneidad** que existe en relación con la conducta que ha dado lugar a la incoación y, posteriormente, a la sanción de la CNMC (además del cártel tradicional, hay algún caso de abuso de posición de dominio, varios de recomendaciones colectivas y unos cuantos también sobre incumplimiento de resoluciones anteriores o de obligaciones formales). Ello sin duda dificulta la labor de encontrar criterios comunes en la imposición de multas. Por consiguiente, **las siguientes conclusiones solo pueden ser consideradas como preliminares**.



#### – La CNMC ha dejado de aplicar, con carácter general, la Comunicación sobre multas

En febrero de 2009, la CNC publicó la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones con la finalidad de "establecer unas Directrices que, con carácter general, guíen su actuación". Tras su publicación, la CNC aplicó casi sistemáticamente la metodología contenida en la citada Comunicación para calcular las multas en los casos en los que se había producido una infracción de los artículos 1 o 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia ("Ley 15/2007").

Sin embargo, en el último año la CNMC sólo ha aplicado la Comunicación en una ocasión (*Criadores de caballos*) y no hace de manera rigurosa (si bien menciona su aplicación, no usa la metodología en cuestión y acaba cuantificando la multa en función de un determinado porcentaje que considera adecuado a la gravedad de la infracción).

#### – Determinación de la sanción en función de la gravedad de un porcentaje sobre el volumen de facturación realizado en el sector afectado por la práctica restrictiva

Este es posiblemente el criterio más seguido por la CNMC. Así, en 8 de las 15 resoluciones analizadas, el método seguido por la CNMC se limita a aplicar con carácter general un determinado porcentaje (**de entre el 3 y el 10%**) del volumen de facturación realizado por las empresas sancionadas **en el mercado afectado por la práctica restrictiva en cuestión**, en

función de la gravedad de la conducta. Posteriormente, procede a individualizar la multa, rebajando dicho porcentaje en función de la situación particular de cada empresa.

Así, **de una manera muy simplificada, podemos deducir un determinado patrón en el porcentaje aplicado:**

- alrededor del 3%-3,5% para casos de incumplimiento (los casos de *Mediapro* y del *Colegio de Arquitectos de Huelva*);
- entre el 5% y el 6% para los casos de recomendaciones colectivas de precios y abusos de posición dominante (*Criadores de Caballos 2*, *Dentistas de Tenerife*, *GEA*);
- y hasta el 10% para los casos de cárteles (*Equipos contra incendios*)<sup>3</sup>.

#### – Aplicación de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (“Ley 16/1989”)

En ocasiones, el inicio de la conducta sancionada es previo a la entrada en vigor de la Ley 15/2007, estando vigente por tanto la Ley 16/1989. En esos casos, en virtud de la Ley 30/1992 RJAPPAC ha de optarse por la aplicación de la norma que resulte más beneficiosa para los imputados, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Pues bien, en cuatro casos la CNMC ha optado por aplicar la antigua Ley 16/1989, en atención a la inclusión en dicha norma de un límite máximo a las sanciones por competencia de 901.518,16 euros (150 millones de pesetas). Este es el caso de los expedientes *Taxis de Tenerife* y *Astraco*, que ciertamente no llaman la atención por cuanto se trata de asociaciones, y la aplicación del citado límite de la Ley 16/1989 resulta plenamente pacífica.

Sin embargo, este mismo límite se aplica también a los casos de *Desmotadoras de Algodón* y de *Servicios Comerciales AENA* en los que no intervienen asociaciones. En efecto, se trata en ambos expedientes de acuerdos horizontales entre competidores considerados como muy graves y que normalmente han sido sancionados con multas particularmente severas (en el expediente *Coches de alquiler*, que guarda una estrecha similitud con el de *Servicios Comerciales AENA*, la CNC impuso el 30 de julio de 2013 un total de 35,4 millones de euros en multas –más que la suma de sanciones de la CNMC–).

Pues bien, en estos dos ejemplos es donde se aprecia con mayor claridad un cambio de criterio en la postura de la CNMC respecto de su antecesora, que se apoyaría de alguna forma –lo cierto es que la motivación no es muy explícita al respecto– en la doctrina establecida en la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2003 (asunto *Planes Claros de Telefónica*) sobre la interpretación del artículo 10 de la antigua Ley. **Y son estos dos casos también los que explicarían, al menos en una gran medida, las importantes diferencias encontradas a la hora de analizar los datos sobre importe promedios de las multas.**

¿Quiere decir esto que infractores a los que se les imputen hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2007 se van a ver claramente beneficiados? Desde luego, este ha sido el caso en los dos expedientes señalados. Pero no cabe afirmar con rotundidad que la CNMC vaya a mantener este criterio en el futuro. De hecho, es llamativo que en el asunto *GEA* la CNMC haya apreciado que la Ley más favorable era la nueva Ley 15/2007, y no la vieja Ley 16/1989 (aunque en este caso las sanciones impuestas no superaron el límite de los 901.518,16 euros debido a la reducida facturación de los sancionados).

#### – Cajón de sastre

En otras tres resoluciones, las características muy particulares del caso llevan a la Sala de Competencia a aplicar un criterio adaptado a cada situación: en el asunto *Munsters*, la CNMC sanciona a esta empresa con el duplo del beneficio obtenido con la conducta ilícita pues los datos sobre el volumen de negocios en el mercado afectado no eran representativos; en el asunto *CERCASA*, la multa por el incumplimiento de una resolución anterior se calcula como el 25% del importe de la multa original; mientras que en el caso *Essilor* por incumplimiento de la obligación de notificar, la autoridad decide imponer una multa ligeramente superior a los 5.000 euros, equivalente al 0,0001% de la facturación del grupo a nivel mundial, dada la ausencia de daños y la colaboración mostrada por la empresa.

<sup>3</sup> En relación con el asunto *Correos 2* no hemos encontrado en la Resolución criterio alguno que nos ayude a explicar cómo se ha determinado la sanción. La CNMC parece querer aplicar un porcentaje al volumen de facturación afectado, pero no informa sobre el porcentaje efectivamente aplicado.

## ANEXO: RESUMEN DE RESOLUCIONES SANCIONADORAS

Expediente	Infracción	Ley aplicada	Criterio para el cálculo	Nº emp.	Importe total multa
<i>Mediapro y Clubs de fútbol 2</i>	Incumplimiento	15/2007	3-3,5%	5	15.003.000
<i>Criadores de caballos</i>	Incumplimiento	15/2007	10%	1	10.412
<i>Desmotadoras de algodón</i>	Cártel	16/1989	Límite 901.518 para empresas	15	898.108
<i>Munsters</i>	Acuerdo horizontal	15/2007	Duplo beneficio ilícito	2	638.200
<i>Servicios Comerciales AENA</i>	Cártel	16/1989	Límite 901.518 para empresas	19	4.819.991
<i>Correos 2</i>	Abuso	15/2007	--	1	8.178.698
<i>Colegio Arquitectos Huelva</i>	Incumplimiento	15/2007	3,5%	1	14.255
<i>Taxis Tenerife</i>	Cártel	16/1989	Límite 901.518 para asociaciones	8	1.082.550
<i>Página web Dentistas Tenerife</i>	Recomendación colectiva	15/2007	6%	1	18.354
<i>GEA</i>	Recomendación colectiva	15/2007	5%	1	68.632
<i>Equipos contra incendios</i>	Cártel	15/2007	5-10%	6	2.136.976
<i>Astraco</i>	Recomendación colectiva	16/1989	Límite 901.518 para asociaciones	1	200.000
<i>Criadores de caballos</i>	Abuso	15/2007	5%	1	152.833
<i>Cercasa</i>	Incumplimiento	15/2007	25% sanción original	1	50.000
<i>Essilor</i>	Incumplimiento	15/2007	0,0001% mundial	1	5.065

Fuente: elaboración propia con base en la información publicada en la página web de la CNMC.