



Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 2872/2013)

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ
Catedrático de Derecho Administrativo



FICHA TÉCNICA

«Criteria for the fixing of penalties in the protection of competition imposed by the Spanish authorities. About the Tribunal Supremo judgement of 29 January 2015 (rec. núm. 2872/2013)»

Resumen: La aplicación por parte de las autoridades españolas de las normas europeas de defensa de la competencia (acuerdos y abuso de posición dominante) debe seguir las reglas procedimentales y de cuantificación de las sanciones nacionales. Las directrices para el cálculo de las multas que pueden aprobar las autoridades de defensa de la competencia están, pues, subordinadas a la normativa nacional. En primer lugar, las multas deben fijarse tomando en cuenta el tipo de infracción (leve, grave, muy grave), lo que determina un intervalo de sanciones, calculado en función del volumen total de negocios de la empresa. En segundo lugar, la cuantía de la sanción se concreta en función de la gravedad de la conducta, lo que, entre otros factores, exige tomar en cuenta el mercado afectado por la infracción, así como el beneficio ilícito obtenido.

Palabras clave: Derecho de la Competencia - sanciones - directrices - proporcionalidad - control judicial

Abstract: EU competition law enforcement by Spanish authorities must be made according to national procedural rules as well as to national criteria on setting fines. National Guidelines on the method of setting fines must comply with national law. First, setting the fines must take into account the type of infringement (mild, serious, very serious). This leads to a range of sanctions, which are calculated taking into account the total value of sales of the undertaking concerned. Second, the sanction to be imposed must be determined according to the gravity of the infringement in each case. To this end, it must be taken into account, among other factors, the market affected by the infringement, as well as the illegal gain.

Keywords: Competition law - fines - guidelines - proportionality - judicial review

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. APLICACIÓN CONJUNTA DE LAS NORMAS EUROPEAS Y ESPAÑOLAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
- III. EN LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO EUROPEO RIGEN LAS NORMAS NACIONALES
- IV. LA CONDUCTA SE REALIZA DURANTE EL PERÍODO DE VIGENCIA DE DOS LEYES ESPAÑOLAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
- V. RESERVA DE LEY, TIPICIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA RESPUESTA SANCIONADORA
- VI. FIJACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA SANCIÓN
- VII. IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN SOLIDARIA A EMPRESAS QUE PUEDEN FORMAR PARTE DEL MISMO GRUPO EMPRESARIAL
- VIII. LÍMITES AL CONTROL JUDICIAL
- IX. RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 29 de enero de 2015 anula la sanción impuesta por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que había sido calculada aplicando una metodología que se aparta de los criterios contenidos en los arts. 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDComp). En concreto, la CNC había aplicado sus propias directrices para el cálculo de las multas¹, inspiradas en las de la Comisión Europea². En el fallo, el TS ordena a la autoridad administrativa el cálculo de la sanción aplicando los criterios legales.

El punto de partida es la resolución de la CNC de 3 de diciembre de 2011, que impone una sanción a dos sociedades («BCN Aduanas y Transportes, S.A.» y «Bofill Arnán, S.A.,») por infracción de las normas de defensa de la competencia (asunto *Transitarios 2*)³. En el expediente, se entendió probada su participación en una serie de reuniones que entre los años 2000 y 2008 mantuvieron con otras empresas del sector, cuyo objeto fue la fijación de precios y otras condiciones comerciales o de servicio. Con anterioridad, la CNC ya había sancionado a las restantes empresas participantes en dicho cártel (asunto *Transitarios*)⁴. La autoridad administrativa declaró que la

conducta daba lugar a una infracción única y continuada, que era contraria tanto al art. 1.1.a) LDComp, como al art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La participación en el cartel fue sancionada con una multa de 1.184.000 euros, declarando solidariamente responsables a ambas empresas.

La resolución fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN), que —con fecha 24 de junio de 2013 (rec. núm. 29/2012)—, dictó sentencia, en la que tuvo como probados los hechos constitutivos de la infracción y confirmó la calificación realizada por la autoridad administrativa. No obstante, estimó parcialmente la demanda, anulando la multa impuesta y ordenando a la CNC que procediera a su nueva cuantificación, conforme a los criterios legalmente establecidos. La sala de instancia consideró a este respecto que: (i) la metodología seguida para la imposición de la sanción no era conforme con los principios de reserva de ley, tipicidad y proporcionalidad; (ii) y que el volumen de negocios que debía tomarse en cuenta para el cálculo de la multa era el correspondiente a la actividad relacionada con la infracción, no el volumen total de negocios de la empresa. La sentencia se acompaña de un voto discrepante.

El recurso presentado por el Abogado del Estado plantea como primer motivo de casación el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio (art. 88.1.c) LJCA). En su opinión, la sala de instancia, sin previa audiencia de las partes, había introducido un motivo de anulación que no había sido objeto de debate procesal. No obstante, el TS rechaza esta objeción (FJ 3.º), al poner de manifiesto que en el proceso se habían discutido («aun cuando quizá de manera en exceso lacónica») las cuestiones sobre las que se pronuncia la sala de instancia: la vulneración del principio de proporcionalidad y la aplicación del método de cálculo de la multa.

Desestimado el primer motivo de casación, la discusión se centra en el fondo del asunto, que es la interpretación del art. 63.1 LDComp. Este precepto prevé multas para las infracciones muy graves de «hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora». A este respecto, se suscitan dos cuestiones. Primero, si dicho porcentaje es un límite (externo) que opera una vez que ha sido determinada la sanción, o si, por el contrario, dicho porcentaje obliga a establecer una escala de gravedad de las infracciones, de manera que solo las conductas más graves podrían ser sancionadas con multas que alcanzasen dicha cuantía (punto V). Se plantea también la cuestión de si en la determinación de la sanción debe tomarse en cuenta el volumen total de negocios de la empresa infractora o solo la actividad que desarrolla en el mercado afectado por la conducta anti-

competitiva (punto VI). No obstante, antes de responder a estas cuestiones, es preciso aclarar la posible aplicación conjunta de las normas europeas y españolas de defensa de la competencia (punto II), así como la normativa que rige la aplicación descentralizada del Derecho europeo de la competencia por las autoridades españolas (punto III). Se suscita también la cuestión de la norma sancionadora aplicable en el caso de que la conducta se realice durante el período de vigencia de dos leyes de defensa de la competencia (punto IV). La CNC impone solidariamente la sanción a dos empresas que pueden formar parte del mismo grupo empresarial (punto VII). Finalmente, la sentencia pone de manifiesto el alcance y límites del control judicial de la actuación administrativa (punto VIII).

II. APLICACIÓN CONJUNTA DE LAS NORMAS EUROPEAS Y ESPAÑOLAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La autoridad administrativa sanciona a las empresas implicadas por la comisión de una infracción, tanto del art. 1 LDComp como del art. 101 TFUE, consistente en la fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. En la sentencia no se discute el concurso de leyes y/o infracciones que de esta forma se produce, ya que una misma conducta conculca dos normas distintas. Desde un punto de vista formal, se aplican ambas, aunque —como es natural— solo se impone una sanción. Así las cosas, interesa aclarar las relaciones entre la normativa europea y española de defensa de la competencia y precisar su posible aplicación conjunta.

La CNC razona la *aplicabilidad del art. 101 TFUE*⁵, ya que la conducta anticompetitiva comporta una *apreciable afectación al comercio comunitario*⁶. (i) Los transitarios prestan servicios internacionales de mercancías, por lo que su actividad se incluye en el concepto de «comercio», que equivale a la realización de cualquier actividad económica transfronteriza. (ii) Es también evidente que su actividad incide en el «comercio entre los Estados miembros», ya que se trata de una actividad transfronteriza. (iii) Además, la CNC entiende que la incidencia de dicha actividad en el comercio es «apreciable». No hay que olvidar que la incidencia que se exige es menor cuando el acuerdo o práctica, por su propia naturaleza, puede afectar al comercio entre los Estados miembros. En su resolución de 31.7.2010 (*Transitarios*), la CNC había considerado que la cuota de las empresas imputadas supera el 5% de las ventas en el mercado, que suele marcarse como umbral para considerar que se cumple el requisito de apreciabilidad⁷.

El principio de primacía del Derecho comunitario requiere que —siempre que la conducta tenga relevancia comunitaria— las normas europeas se apliquen con preferencia al Derecho interno⁸. Además, el art. 101 TFUE tiene efecto directo. Sin embargo, esto no necesariamente significa el desplazamiento de la normativa estatal. La jurisprudencia europea aceptó la *posibilidad de que los Estados aplicasen simultáneamente ambos tipos de normas* («teoría de la doble barrera»), siempre que la normativa nacional fuera compatible con la europea⁹. En la actualidad, la aplicación conjunta de ambas normas se reconoce en el art. 3.1 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (actuales arts. 101-102 TFUE). En concreto, este precepto dispone que, cuando las autoridades nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a acuerdos o prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros «aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el art. 81 del Tratado» (actual art. 101 TFUE).

En el caso de los acuerdos y prácticas anticompetitivas, la realidad es que la *aplicación conjunta de ambos tipos de normas tiene muy escasa virtualidad*. A este respecto, hay que tener en cuenta que la regulación comunitaria ha servido de patrón para las legislaciones nacionales y, desde luego, para la española. Lo mismo sucede con su aplicación, que toma muy en cuenta los criterios europeos («...many cases will have the same outcome whether they are investigated under EU or under domestic law...»)¹⁰. Además, las autoridades nacionales deben aplicar el art. 101 TFUE, por lo que *no pueden permitir lo que el Derecho comunitario prohíbe, ni prohibir lo que éste permite*. Las autoridades nacionales no pueden sancionar actuaciones permitidas por el art. 101.1 TFUE, que reúnan las condiciones del art. 101.3 TFUE o que estén cubiertas por un reglamento de exención (art. 3.2 R. 1/2003). En cambio, la aplicación conjunta de ambos tipos de normas tiene más margen en relación con el abuso de posición dominante, ya que se reconoce a los Estados la posibilidad de aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas que el art. 102 TFUE, que prohíban determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral (art. 3.2, *in fine*, Reglamento 1/2003). Finalmente, la aplicación conjunta de la normativa europea y nacional tampoco puede significar la imposición de dos sanciones por los mismos hechos, lo que sería contrario al principio *non bis in idem* (art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común).

III. EN LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO EUROPEO RIGEN LAS NORMAS NACIONALES

La política de competencia es una de las pocas que reservan competencias ejecutivas a los órganos europeos, lo que revela la importancia que siempre se la ha concedido para la consecución del mercado interior. No obstante, la dimensión que ha ido adquiriendo esta política, aumentada con las sucesivas ampliaciones de la UE, explican que la normativa favorezca la aplicación de las normas europeas (acuerdos y abuso de posición dominante) por las autoridades nacionales (arts. 5 y 6 Reglamento 1/2003). La cuestión es qué *reglas procedimentales y criterios de cuantificación de las sanciones rigen en la aplicación descentralizada de las normas europeas de defensa de la competencia*.

A este respecto, la normativa europea se limita a afirmar la competencia de las autoridades nacionales para aplicar el Derecho comunitario (art. 5 Reglamento 1/2003). No obstante, se desprende del sistema que *las autoridades estatales deben aplicar las reglas procedimentales nacionales cuando aplican las normas sustantivas europeas*. De entrada, la normativa europea «reconoce la amplia variedad de sistemas públicos de los Estados miembros para garantizar el cumplimiento de la ley»¹¹. De hecho, se permite a los Estados miembros decidir si encomiendan la aplicación descentralizada de los arts. 101 y 102 TFUE a autoridades administrativas o judiciales (arts. 3.1, 6, 15, 16 y 35 del Reglamento 1/2003). Así las cosas, no tendría sentido que las autoridades nacionales se rigieran por reglas y procedimientos específicamente previstos para los órganos europeos, mucho menos si la aplicación corresponde a órganos jurisdiccionales. A idéntica conclusión cabe llegar en cuanto a los *criterios de cuantificación de las sanciones*. En otro caso, habría que entender que las autoridades nacionales están vinculadas en toda su actuación por los parámetros comunitarios (orden de cesación de la infracción, medidas cautelares, multas coercitivas, aceptación de compromisos, otras sanciones previstas en el Derecho nacional). En la práctica, esto haría que las autoridades nacionales actuaran como órganos descentralizados europeos. No es, pues, éste el sentido de la aplicación descentralizada de las normas de defensa de la competencia. Como es natural, esto presupone que exista un elevado nivel de coincidencia entre las normas europeas y nacionales.

Este es también el parecer del TS, que pone de manifiesto que el art. 5 del Reglamento 1/2003 no impone un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia

(FJ 6.º). La normativa europea no armoniza el procedimiento ni las sanciones que deben establecer los Estados en la aplicación descentralizada de la normativa europea de defensa de la competencia. Menos aún están, pues, obligadas las autoridades nacionales a asumir las «Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003», que no son normas¹².

En consecuencia, *la actuación de las autoridades españolas se rige por los arts. 63-64 LDComp y sus normas de desarrollo*. Con todo, el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, no establece precisión alguna en cuanto a la tipificación de las sanciones.

En este marco se inserta la *Comunicación de la CNC de 2009*, que establece los principios que guían su actuación en la aplicación de la ley (disposición adicional 3.ª LDComp). Este tipo de documentos (*soft law*) tiene una importancia creciente, en particular, en el ámbito comunitario europeo. De hecho, la Comunicación de la CNC sigue de cerca los documentos aprobados en esta materia por la Comisión Europea. En general, estas actuaciones favorecen la transparencia, contribuyen a regular la actuación administrativa y, con ello, fortalecen la seguridad jurídica. Este es justamente el punto de partida que toma la propia CNC, que reconoce el margen de apreciación de que dispone en la concreción de las sanciones¹³. La cuestión es que, influida por la práctica de la Comisión Europea, *la Comunicación de 2009 no es consciente de que su función es especificar los criterios establecidos en la legislación española, lo que le lleva a diseñar una metodología que puede contradecir los criterios normativos*. Es por eso por lo que el TS tiene que recordar que estos documentos no tienen naturaleza reglamentaria (FJ 7.º) y que, desde luego, su validez depende de su conformidad con la ley.

Al no tener carácter normativo, la Comunicación no tiene fuerza vinculante. La jurisprudencia europea subraya que las Directrices no son el fundamento de la decisión, por lo que tampoco generan expectativas legítimas. En cualquier momento, la Comisión puede ajustar el nivel de las sanciones, si la aplicación de las normas de la competencia así lo requiere¹⁴, por ejemplo, por razones de prevención general¹⁵. Sin embargo, no puede afirmarse tan tajantemente como hace la sentencia que «no producen efectos jurídicos externos» (FJ 7.º). La Comisión no puede apartarse de las Directrices en un caso concreto sin justificarlo¹⁶. No puede excluirse que estos documentos puedan hacer surgir la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (asunto *Grimaldi*). La autoridad administrativa pue-

de generar una confianza legítima que se vea después defraudada, causando un daño cierto al operador que actuó siguiendo los criterios contenidos en las directrices. No obstante, la Comunicación de la CNC advierte que, aunque su metodología es de general aplicación, de manera motivada, puede ser excepcionada cuando resulte imprescindible para hacer efectiva la finalidad que persigue la norma¹⁷.

IV. LA CONDUCTA SE REALIZA DURANTE EL PERÍODO DE VIGENCIA DE DOS LEYES ESPAÑOLAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el presente caso, la conducta prohibida plantea el problema de la *sucesión de normas en el tiempo*. Hay que tener en cuenta que las reuniones se inician en el año 2000, bajo la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDComp 1989), pero se prolongan hasta el año 2008, momento en el que ya regía la LDComp, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Se plantea, pues, la cuestión de qué norma debe aplicarse, tanto a la tramitación del expediente, como a la calificación de la conducta y la determinación de la sanción. La CNC entiende que en ambos casos debe aplicarse la LDComp.

En primer lugar, la tramitación del procedimiento se rige por la LDComp, ya que la incoación del expediente se produce el 25 de mayo de 2010, es decir, una vez que ya había entrado en vigor la LDComp (FJ 3.º). Así resulta de una interpretación *a contrario* de la disposición transitoria 1.ª LDComp, que dispone que los «procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio».

En segundo lugar, la LDComp es también aplicable a la calificación de la infracción y la imposición de la sanción. El criterio general es la aplicación de las «disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa» (art. 128.1 LRJPAC). No obstante, las normas sancionadoras «producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor» (art. 128.2 LRJPAC). Así las cosas, la CNC razona que la aplicación de la LDComp no comporta retroactividad, ya que ambas regulan la conducta prohibida en los mismos términos («a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados la aplicación de una u otra Ley no tiene especial relevancia»). Lo mismo sucede con las sanciones por infracciones muy graves, que ambas normas prevén por referencia al límite máximo del 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmedia-

to anterior (art. 63.1.c) LDComp y art. 10 LDComp 1989). La diferencia está en que los arts. 65 y 66 LDComp introducen los programas de clemencia, que permiten reducciones o exenciones de la sanción. Esto lleva a la CNC a la conclusión de que el régimen de la LDComp puede resultar más favorable para el infractor¹⁸.

V. RESERVA DE LEY, TIPICIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA RESPUESTA SANCIONADORA

El art. 63.1.c) LDComp prevé la imposición a las infracciones muy graves de una multa «de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa». A su vez, el art. 64.1 LDComp incluye los criterios que deben tomarse en cuenta en la fijación de la sanción: dimensión y características del mercado afectado; cuota de mercado de las empresas responsables; alcance y duración de la infracción; efectos sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores o sobre otros operadores económicos; beneficios ilícitos obtenidos; circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

La cuestión es que *la CNC calcula el importe de la sanción aplicando la metodología diseñada en la Comunicación de 2009*, que se desarrolla en tres fases sucesivas¹⁹. (i) De entrada, se determina el «importe básico de la sanción» tomando en cuenta los criterios previstos en el art. 64.1 LDComp. Sin embargo, en la práctica, dicho importe básico se concreta en una «proporción del volumen de ventas afectado por la infracción». En concreto, con carácter general, se aplicará el porcentaje del 10%, que podrá ser incrementado: para las infracciones muy graves (10%) y para las susceptibles de provocar efectos en cascada en distintos mercados (10%)²⁰. El importe básico se aumentará tomando en cuenta cada año de duración de la infracción. (ii) Después, se aplica un «coeficiente de ajuste», en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, que supondrá un aumento o disminución del importe básico de la sanción entre un 5-15 %²¹. La sanción en ningún caso podrá ser inferior al beneficio que ilícitamente haya obtenido el infractor con su comisión, siempre que sea posible calcularlo. (iii) Finalmente, en caso necesario, la cantidad obtenida se ajustará, a fin de que la sanción no sobrepase el límite del 10% del volumen total de ventas de la empresa infractora (art. 63.1 LDComp).

La aplicación de esta metodología lleva a la CNC a fijar el importe básico de la sanción tomando en cuenta el volumen de facturación de las empresas implicadas en

el ámbito de los servicios transitorios terrestres con origen en España y destino a la UE durante el período objeto de la infracción. Dicho importe se incrementa después en un 10% atendiendo a la naturaleza muy grave de la infracción, así como a su duración. De ello resulta una sanción por importe de 1.184.000 euros.

En la determinación del importe básico de la multa, las directrices consideran el mercado afectado por la infracción, no el conjunto de actividades que desarrolla la empresa, que es lo que se toma en cuenta para fijar el límite máximo de la sanción. Ahora bien, el importe básico se calcula aplicando un porcentaje sobre el volumen de ventas afectado por la infracción que oscila entre el 10-30%. La consecuencia es que —en los casos en que la empresa concentre su actividad en el mercado en el que se comete la infracción—, la metodología prevista en la Comunicación conduce a un incremento general de la cuantía de las sanciones. Así es, porque —cualquier infracción cometida por estas empresas—, comportaría la aplicación de la sanción máxima que permite el art. 63.1.c) LDComp, que es el 10% sobre el volumen total de ventas de la empresa.

Así las cosas, la sala de instancia, con referencia a la jurisprudencia constitucional, concluye que, interpretar que el límite del 10% del volumen de negocios que establece el art. 63.1 LDComp opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones, «de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de *Lex certa* y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el art. 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC» (FJ 6.º). Además, las «amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC» (FJ 6.º).

En su argumentación, el Abogado del Estado sostiene que el límite del 10% no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones, sino como factor de moderación *a posteriori*, esto es, una vez calculado el montante apropiado de la sanción. Se trataría, pues, de un límite extrínseco que la sanción no puede superar, pero no un parámetro para el cálculo de la sanción. Su finalidad sería evitar que la cuantía de la multa haga inviable el negocio o la actividad de la empresa

Frente a ello, en la línea de la sala de instancia, el TS razona que el método aplicado por la CNC no es conforme con el art. 63.1 LDComp. De acuerdo con los criterios hermenéuticos habituales, debe entenderse que las cifras porcentuales constituyen la sanción máxima que puede imponerse a las infracciones más graves dentro de cada categoría, por lo que debe «servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones» (FJ 5.º). El método aplicado por la CNC comporta establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad (FJ 5.º). Además, en un razonamiento *obiter dictum*, el TS expresa sus dudas acerca de la conformidad con la exigencia constitucional de predeterminación de las sanciones (art. 25.1 CE) de un sistema que permita su fijación sin haber sido previamente establecido por la Ley un intervalo o escala que comprenda la multa máxima, sino un límite máximo que venga a moderar el importe de la sanción (FJ 7.º).

Por último, no puede dejar de destacarse una diferencia entre el Derecho europeo y español en cuanto a la tipificación de las sanciones. El art. 23 del Reglamento 1/2003 no clasifica los distintos tipos de infracciones en función de su gravedad. Lo mismo sucedía con el art. 10 LDComp 1989, que tampoco establecía una graduación entre la gravedad de la infracción y la sanción, sino que fijaba un límite máximo, dentro del cual el importe de las sanciones debía ser concretado atendiendo a la importancia de la infracción²². En cambio, el art. 63.1 LDComp establece una graduación de las infracciones y sanciones: leves, multa de hasta el 1% del volumen total de negocios; graves, multa de hasta el 5%; y muy graves, multa de hasta el 10%.

VI. FIJACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA SANCIÓN

El art. 63.1 LDComp toma como referencia para determinar el montante máximo de la sanción el «volumen de negocios total de la empresa infractora». A este respecto, la sala de instancia considera que el principio de proporcionalidad y la finalidad represiva de la norma obligan a interpretar que la sanción debe fijarse tomando solo en cuenta la actividad de la empresa en la que se produce la infracción, es decir, el mercado directa o indirectamente afectado. Esta interpretación se discute en el voto particular, que entiende que debe tomarse en cuenta todo el negocio de la empresa.

Esta última postura es la que sostiene el TS (FJ 8.º). Una interpretación literal del precepto lleva a la conclusión de que el legislador, inequívocamente, se refiere al *volumen «total» de negocios de la empresa como límite máximo de la sanción*. Este mismo es el criterio que se

encuentra en el art. 23.1 del Reglamento 1/2003. El legislador es, pues, quien ha hecho el juicio de proporcionalidad, rechazando que deba tomarse solo como referencia la «parte» del volumen de negocios de la empresa que resulta afectada por la infracción. La razón seguramente se encuentra en la preocupación por que la respuesta sancionadora sea suficientemente disuasoria para evitar la comisión de conductas anticompetitivas (FJ 9.º). No obstante, el TS no deja de recordar que también existen otros mecanismos complementarios que pueden hacer más efectiva la respuesta estatal, como la exigencia de responsabilidad a los administradores (art. 63.2 LDComp)²³ o la reclamación de daños y perjuicios derivados de la infracción. Además, es preciso asegurar no solo el componente aflictivo de la sanción, sino también que se detraigan los beneficios ilícitos obtenidos. Se ha razonado precisamente que éste debería ser el criterio, ya que, en otro caso, la vinculación de la sanción con el volumen de ventas tendría «la finalidad de igualar el “sufrimiento” de sujetos sancionados de distintas capacidades económicas; idea esta última que no tiene ninguna justificación objetiva en nuestro sistema jurídico»²⁴. Lo cierto es que no es infrecuente que la legislación sectorial tome en consideración la situación económica del sancionado, justamente a efectos de asegurar la proporcionalidad e igualdad material en la respuesta sancionadora²⁵. Por tanto, la referencia al volumen total de negocios como límite máximo de la sanción es una opción de política legislativa que no puede controlar el juez, salvo que se sintiera obligado a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. No obstante, la constitucionalidad de esta opción no le ofrece dudas al Tribunal, ya que el volumen «total» de negocios expresa la capacidad económica del infractor y, por tanto, la intensidad que representa la respuesta sancionadora.

En resumen, la sanción debe fijarse tomando en cuenta dos parámetros. Primero, el *tipo de infracción* (leve, grave o muy grave), que determina el intervalo de sanciones que pueden imponerse, calculado en función del volumen total de negocios de la empresa (art. 63.1 LDComp). Segundo, la *gravedad de la conducta*, que —dentro de cada intervalo— se determina aplicando los criterios legales, entre los que se incluyen la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa y los beneficios ilícitos obtenidos (art. 64 LDComp).

La sala de instancia también tiene que corregir el período que la autoridad administrativa toma en cuenta para el cálculo del volumen de negocios. A este respecto, el art. 63.1 LDComp especifica que debe considerarse el volumen de negocios de la empresa infractora «en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la

multa». La sanción se impuso por Resolución de 1 de diciembre de 2011, por lo que el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. Esto hace que no fuera correcta la cifra considerada por la CNC en cuanto se refería a otro ejercicio. Esta interpretación es corroborada por el TS (FJ 10.º).

Para terminar, hay que reconocer que tomar en cuenta el volumen de negocios en el «ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa» es una referencia convencional. Hay que tener en cuenta que en algunos casos la conducta anticompetitiva puede haber sido desarrollada durante años, mientras que, en otros, puede desarrollarse solo durante unos meses. Alternativamente, podría haberse tomado como referencia el ejercicio en el que se comete la infracción. Sin embargo, esto introduciría un considerable factor de complejidad en el cálculo de la sanción. Además, como hemos visto, la referencia al volumen de negocios no deja de tener un carácter indicativo, ya que no se toma en cuenta el mercado en el que se comete la infracción, sino el conjunto de actividades que realiza la empresa.

VII. IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN SOLIDARIA A EMPRESAS QUE PUEDEN FORMAR PARTE DEL MISMO GRUPO EMPRESARIAL

En su resolución de 3 de diciembre de 2011, la CNC sanciona a las dos empresas partícipes en el cártel, a las que impone una multa de 1.184.000 euros, declarando solidariamente responsables a ambas. A este respecto, se plantean dos cuestiones: (i) las exigencias y límites de la responsabilidad solidaria por la comisión de una infracción; (ii) y el tratamiento que reciben las empresas que conforman una unidad económica, que en el presente caso resulta de que ambas compartan accionariado, dirección y persigan intereses comunes²⁶.

En primer lugar, la responsabilidad administrativa requiere la culpabilidad del imputado (art. 130.1 LRJPAC). No obstante, cuando la infracción sea conjuntamente cometida por varios autores, como es el caso de las prácticas concertadas, la normativa prevé que todos ellos «responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan» (art. 130.3 LRJPAC). En sentido estricto, la responsabilidad solidaria significa que, en supuestos en los que concurren diversos sujetos en la comisión de una infracción, la Administración impone a todos ellos una única sanción, sin individualizar la responsabilidad que incumbe a cada uno de ellos²⁷. Con ello, se favorece la expeditividad de la respuesta sancionadora, pero se ponen en cuestión los principios de culpabilidad y personalidad de la sanción²⁸. De hecho, se ha querido interpretar este

precepto como exclusivamente referido a la responsabilidad civil derivada de la comisión de la infracción²⁹, cuya admisión no suscitaría problema alguno. Los tribunales en alguna ocasión se han manifestado en contra de este tipo de responsabilidad³⁰, pero es admitida por la jurisprudencia constitucional³¹. Sin embargo, este aspecto no se cuestiona en la sentencia que comentamos.

Como es natural, la exigencia de responsabilidad sólo cabe respecto del sujeto frente al que la Administración haya seguido el procedimiento sancionador e impuesto la sanción correspondiente (art. 93.1 LRJPAC)³². La Administración ha de seguir, pues, un procedimiento e imponer la correspondiente sanción a cada uno los responsables. Lo contrario vulneraría el derecho de defensa de los implicados³³, no permitiría verificar la culpabilidad³⁴, impediría adaptar la sanción a la vista de eventuales circunstancias atenuantes y agravantes³⁵, y dificultaría el ejercicio de la acción de repetición. En otros términos, la responsabilidad solidaria tendencialmente debe limitarse a la posibilidad de exigir el montante total de la sanción a uno solo de los sujetos sancionados, que —como es natural— tendrá después un derecho de repetición respecto de los restantes responsables.

En segundo lugar, en el asunto *Transitarios 2*, la CNC razona que las empresas sancionadas conforman una unidad económica, aunque impone la sanción a ambas. A este respecto, debe recordarse que, en el caso de *grupo de empresas*, la normativa permite la imposición de la sanción a la empresa matriz, salvo que ésta demuestre que la filial llevó a cabo un comportamiento autónomo. A efectos de la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, la normativa europea considera que constituyen una sola empresa las entidades que se integran en un mismo grupo empresarial, constituyendo una única entidad económica, siempre que las sociedades de que se trata no definen de manera autónoma su comportamiento, sino que esencialmente aplican las instrucciones que imparte la sociedad matriz. En estas condiciones, el comportamiento de la filial puede imputarse a la sociedad matriz, que podrá ser directamente sancionada por las actuaciones llevadas a cabo por la filial. Si la sanción se impone a su filial, la matriz responderá solidariamente. Esta misma regla se traslada al Derecho español. El art. 61.2 LDComp dispone que «la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas». No obstante, la matriz podrá eludir su responsabilidad si demuestra que su filial actuó de manera autónoma. La idea de que la matriz controla la actuación de las filiales es consustancial a la noción de grupo o unidad económica, por lo que lo que deberá probar es que, en el caso concreto, no

determinó la conducta infractora de la filial³⁶. A estos efectos, la matriz debe ser notificada del procedimiento sancionador que se tramita³⁷.

VIII. LÍMITES AL CONTROL JUDICIAL

Como hemos visto, el TS estima parcialmente el recurso de casación, confirmando la nulidad de la resolución en lo que se refiere al importe de la multa, pero dejando subsistente la parte de la sentencia que declara la validez de los demás extremos del acto impugnado. Lo que interesa destacar en este momento es que el TS no fija una sanción alternativa, sino que encomienda esta tarea a la CNMC. Con ello, se pone de manifiesto que lo propio de la función judicial es el control de legalidad, no la adopción de decisiones administrativas, que casi siempre van acompañadas de un margen de apreciación, que corresponde a la Administración. Solo como excepción estará el juez en condiciones de concretar el contenido de la resolución. Hay que recordar a este respecto que los órganos jurisdiccionales no «podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados» (art. 71.2 LJCA).

Estas afirmaciones deben ser contrastadas con la normativa comunitaria, que reconoce a los *tribunales europeos* «*jurisdicción plena*» en relación con las sanciones y multas coercitivas impuestas en aplicación de las reglas de defensa de la competencia (art. 31 del Reglamento 1/2003, en relación con el art. 261 TFUE)³⁸. Están, pues, legitimados, no solo para anular la decisión recurrida, sino también para reducir o incrementar la cuantía de la sanción, tomando en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes (art. 31 del Reglamento 1/2003)³⁹. En otras palabras, no se trata solo de un control de legalidad, sino de un recurso que permite al Tribunal sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia (*control on the merits*)⁴⁰.

No puede negarse que *en algunos casos los jueces comunitarios modifican las sanciones*. En el asunto *Ventouris*, el Tribunal redujo el importe de la sanción, ya que —contraviniendo el principio de proporcionalidad— la Comisión había sancionado por igual a las empresas que habían participado en dos infracciones y a las que solo habían participado en una⁴¹. En el asunto *Chalkor*, el Tribunal redujo el montante inicial de la sanción, ya que la empresa solo había participado en una de las tres ramas del cártel⁴². En el asunto *Basf*, el Tribunal llevó a cabo un nuevo cálculo de la sanción, con el propósito de reflejar la duración exacta de la participación de la empresa en la infracción⁴³. En el asunto *GDF Suez*, el Tribunal redujo la sanción, para corregir el error de la Comisión en relación con la duración de la infracción,

aunque no lo hizo de manera proporcional, por la necesidad de valorar el conjunto de circunstancias concurrentes⁴⁴.

Sin embargo, en la práctica, los jueces europeos disponen de una limitada capacidad para sustituir las decisiones de la Comisión. En primer lugar, cabe dudar de que la posibilidad de incrementar la sanción sea conforme con la finalidad última del recurso, que es ser un medio para tutelar los derechos de los ciudadanos, debido al efecto disuasorio que siempre acompaña a la *reformatio in peius*. En segundo lugar, los jueces no actúan de oficio, ya que el recurso da lugar a un proceso *inter partes*⁴⁵. Con excepción de las cuestiones de orden público, que los tribunales persiguen de oficio (por ejemplo, la ausencia de motivación), corresponde al interesado plantear los motivos del recurso, formular las razones en las que base su pretensión y aportar las pruebas que pongan de manifiesto la solidez de su posición⁴⁶. En tercer lugar, plena jurisdicción no significa que los jueces devengan autoridades de defensa de la competencia. La fijación de la cuantía de las sanciones requiere tomar en consideración un gran número de factores, que han de ser valorados por la autoridad administrativa, a la que corresponde la ejecución de la política de la competencia⁴⁷. En último término, la potestad sancionadora es uno de los instrumentos de que dispone la Comisión para la definición y ejecución de la política de la competencia⁴⁸, en cumplimiento de las tareas que el Tratado le encomienda⁴⁹. Esto explica que, en la práctica, los jueces reconozcan un significativo margen de actuación a la autoridad administrativa de cara a la valoración de la conducta y la determinación de la sanción («*the Commission enjoys a wide discretion when exercising its power to impose such fines*»)⁵⁰. Desde esta perspectiva, es comprensible que los jueces tiendan a no sustituir el criterio de la Comisión en la determinación del nivel adecuado de las sanciones⁵¹.

IX. RECAPITULACIÓN

A modo de recapitulación, pueden recogerse una serie de consideraciones generales que suscita la sentencia comentada:

Primera, en el caso de los acuerdos y prácticas concertadas, la aplicación conjunta de las normas europeas y españolas de defensa de la competencia tiene un carácter puramente formal, ya que en todo caso prevalecen aquéllas. Las autoridades españolas no pueden prohibir comportamientos que la normativa europea permite, ni permitir los que ésta prohíbe. Tampoco cabe la imposición de una doble sanción por los mismos hechos.

Segunda, cuando las autoridades españolas aplican los normas europeas de defensa de la competencia (acuerdos y abuso de posición dominante) deben seguir las reglas procedimentales y de cuantificación de las sanciones nacionales.

Tercera, las directrices para el cálculo de las multas que pueden aprobar las autoridades españolas de defensa de la competencia están subordinadas a la normativa nacional. Su función es, pues, especificar los criterios establecidos en la legislación nacional, no en la europea.

Cuarta, se aplican las normas procedimentales contenidas en la legislación vigente a los procedimientos que se incoen después de su entrada en vigor, aunque las conductas sean anteriores en el tiempo. En cambio, deben aplicarse las normas sancionadoras que sean más favorables para el infractor (retroactividad *in bonus*).

Quinta, la sanción debe fijarse tomando en cuenta dos parámetros. Por una parte, el tipo de infracción (leve, grave o muy grave), que determina el intervalo de sanciones que pueden imponerse, calculado en función del volumen total de negocios de la empresa (art. 63.1 LDComp). Por otra parte, la gravedad de la conducta, que —dentro de cada intervalo— se determina aplicando los criterios legales, entre los que se incluyen la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa y los beneficios ilícitos obtenidos (art. 64 LDComp).

Sexta, la sentencia que anule la sanción no puede determinar el contenido de los actos administrativos que comporten un margen de apreciación, por lo que, en la mayor parte de los casos, debe limitarse a ordenar a la autoridad administrativa que proceda a dictarlos conforme a los criterios legales.

NOTAS

- 1 Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la CNC, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.
- 2 Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003 (DO C 210, de 1 de septiembre de 2006, págs. 2 y ss.).
- 3 Procedimiento S/0269/10, *Transitarios 2*.
- 4 Resolución del Consejo de la CNC de 31.7.2010 (expte. S/0120/08, *Transitarios*).
- 5 Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado.

- 6 Resolución del Consejo de la CNC de 1.12.2011 (expte. S/0269/10, *Transitarios 2*), FJ 3º.
- 7 Resolución del Consejo de la CNC de 31.7.2010, (expte. S/0120/08, *Transitarios*), FJ 2º.
- 8 Asunto 6/64 [1964], *Costa v. ENEL*; en su aplicación al Derecho de la Competencia, asunto 14/68 [1969], *Wilhelm v. Bundeskartellamt*.
- 9 Desde su sentencia de 13.2.1969, asunto 14/68, *Wilhelm v. Bundeskartellamt*, el TJCE considera admisible la aplicación simultánea del Derecho comunitario y del Derecho nacional, siempre que la conducta cumpla las condiciones de sujeción de ambos y -hay que entender- siempre que entre ellos exista compatibilidad y no se entorpezcan.
- 10 Whish, R., Bailey, D., *Competition law*, 7th edit., Oxford University Press (2012), 75.
- 11 Reglamento 1/2003, considerando 35.
- 12 Las Directrices (1998) «no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del artículo 290 TFUE, apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el artículo 23 del Reglamento núm. 1/2003» (asunto C- 501/11, marg. 66).
- 13 CNC, Comunicación sanciones (2009), punto 1.
- 14 Asuntos acumulados 100/80 a 103/80 *Musique diffusion française and Others v Commission* [1983] ECR 1825, marg. 109; asunto T 23/99 *LR AF 1998 v Commission* [2002] ECR II 1705, margs. 236 y 237.
- 15 Asunto T-76/08 *El du Pont de Nemours y others v Commission*, marg. 126.
- 16 Asunto C-397/03 P *Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients v Commission*, marg. 91; asunto C-389/10 P, marg. 127; asunto C-386/10 P, marg. 71.
- 17 CNC, Comunicación sanciones (2009), punto 4.
- 18 Resolución del Consejo de la CNC de 31.7.2010 (expte. S/0120/08, *Transitarios*), FJ 2º.
- 19 CNC, Comunicación sanciones (2009), puntos 8 y ss.
- 20 CNC, Comunicación sanciones (2009), puntos 9-15.
- 21 CNC, Comunicación sanciones (2009), puntos 16-18.
- 22 STS de 8 de marzo de 2002; STS de 6 de marzo de 2003 (rec. 9710/1997); STS de 3 de febrero de 2009 (rec. 3073/2006).
- 23 Laguna de Paz, J.C., «Responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles por infracción de las normas de defensa de la competencia», en Guerra Martín, G., (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley (2011), 786.
- 24 GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., MAGIDE HERRERO, M., «El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo; la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto "Planes claros")», *RDM*, núm. 261 (2006), 1097.
- 25 «... el principio de proporcionalidad o incluso simplemente el de igualdad —que exige tratar desigualmente a los desiguales— permite e incluso exige para no violentar el art. 14 CE valoraciones de este género». REBOLLO PUIG, M., «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa*, número extraordinario (2001), 171-172.
- 26 Resolución del Consejo de la CNC de 1.12.2011 (expte. S/0269/10, *Transitarios 2*), FJ 6º.
- 27 IZQUIERDO CARRASCO, M., «La culpabilidad y los sujetos responsables», en *Derecho Administrativo Sancionador*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., *Lex Nova* (2009), 288
- 28 NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edic., Tecnos (2005), 432-433.
- 29 PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons (1993), 392.
- 30 STS de 15 de febrero de 1995; STS de 26 de enero de 1998 (rec. 1394/1994).
- 31 STC 76/1990, FJ 4B; STC 146/1994.
- 32 STS de 30 de noviembre de 1991.
- 33 STS de 13 de julio de 1987.
- 34 STC 76/1990.
- 35 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 11ª edic., Thomson-Civitas (2008), 180-181; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, 2ª edic., Lustel (2009), 402.
- 36 COSTAS COMESAÑA, J., «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, GUILLÉN CARAMÉS, J., Aranzadi - Thomson Reuters (2013), 223-224.
- 37 SALA ARQUER, J.M., «La responsabilidad de la matriz por la conducta contraria a la competencia de una sociedad filial: una perspectiva desde el Derecho Administrativo sancionador», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, GUILLÉN CARAMÉS, J., Aranzadi - Thomson Reuters (2013), 208-209.
- 38 LAGUNA DE PAZ, J.C., «Understanding the limits of Judicial Review in European Competition Law», *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2, No. 1 (2014), 203 y ss.
- 39 Asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v Commission*, [2002] ECR I-8375, marg. 692; asunto C-534/07 P *Prym and Prym Consumer v Commission*, marg. 86; asunto T-78/00 *JFE Engineering and Others v Commission* [2004] ECR II-2501, marg. 577; asunto T-214/06 *Imperial Chemical Industries v Commission*, marg. 293.

- 40 Asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, marg. 692; asunto C-272/09 P *KME v Commission*, margs. 103, 106.
- 41 Asunto T-59/99 *Ventouris v Commission*, marg. 219.
- 42 Asunto T-21/05 *Chalkor v Commission*, marg. 105 (confirmado en apelación, asunto C-386/10 P).
- 43 Asuntos acumulados T-101/05 y T-111/05 *BASF y UCB v Commission* [2007] ECR II-4949.
- 44 Asunto T-370/09 *GDF Suez v Commission*, marg. 458 y ss.
- 45 Asunto C-389/10 P, marg. 131.
- 46 Asunto C-389/10 P, marg. 132.
- 47 Asunto C-386/10 P, marg. 76.
- 48 Asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, marg. 170.
- 49 Directrices (2006), marg. 4.
- 50 Asuntos acumulados C 189/02 P, C 202/02 P, C 205/02 P a C 208/02 P y C 213/02 P *Dansk Rørindustri and Others v Commission* [2005] ECR I 5425, marg. 172; asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P *Erste Group Bank and Others v Commission* [2009] ECR I 8681, marg. 123; asunto T-76/08, marg. 124.
- 51 BAILEY, D., «Scope of Judicial review under Article 81 CE», *Common Market Law Review*, 41 (2004), 1333.