

# LA COMPETENCIA DE PLENA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE FRENTE A LA JUSTICIA DEL CADÍ

SANTIAGO SOLDEVILA FRAGOSO

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Audiencia Nacional

Revista Española de Derecho Europeo 49  
Enero – Marzo 2014  
Págs. 31 – 53

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO. II. DOS TÉCNICAS IMPUGNATORIAS PARA VALIDAR UN SISTEMA. III. LA INTENSIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL Y SU PROBLEMÁTICA. *A. Planteamiento de la cuestión. B. Problemática que plantea el llamado control limitado. C. La reacción del Tribunal ante esta crítica.* IV. LA COMPETENCIA DE PLENA JURISDICCIÓN. *A. Características definitorias de la competencia de plena jurisdicción. B. Regulación legal. C. Órgano competente para su ejercicio. D. Condiciones formales para su ejercicio.* i. Particularidades que se presentan en relación con el respeto al principio dispositivo y el incremento de las multas. *E. Presupuestos para el ejercicio de la plena jurisdicción.* i. Necesaria declaración previa de ilegalidad de la Decisión. ii. Constatación de vicios en el acto impugnado, que no justifican «per se» la declaración de su nulidad o anulabilidad. iii. Valoración de circunstancias subjetivas por el Tribunal, al margen de la ilegalidad o irregularidad de la resolución. V. PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DEL EJERCICIO DE LA PLENA JURISDICCIÓN. *A. El Tribunal toma en consideración determinados elementos complementarios de información, que no fueron tomados en cuenta por la Decisión.* i. Toma en consideración de elementos preexistentes a la fecha de la Decisión. ii. Toma en consideración de elementos posteriores a la fecha de adopción de la Decisión. *B. El Tribunal puede fijar un nuevo montante de la multa, pero debe justificarlo.* i. En el supuesto de que el Tribunal constate la existencia de una ilegalidad en la fijación de la multa, y a pesar de ello decide no modificar su importe, debe justificar este proceder. ii. En el supuesto de que efectivamente el Tribunal decida modificar la multa, su libertad de actuación se ve limitada por la justificación objetiva del procedimiento seguido para ello. VI. EFICACIA Y GARANTÍAS: ¿UNA ANTINOMIA IRREDUCTIBLE?. VII. EL COMPLEMENTO DE MOTIVACIÓN COMO RESPUESTA.

**RESUMEN:** La compatibilidad del vigente sistema de represión de las conductas anticompetitivas, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al proceso debido constituye uno de los grandes debates que provoca en la actualidad el Derecho de la Competencia en el seno de la Unión Europea.

5 Resulta indispensable encontrar un equilibrio necesario, entre la efectividad de la garantía judicial que hace posible el control en la imposición de multas por la Comisión, y la configuración de la multa como instrumento para la ejecución la política de la libre competencia. A estos efectos, cabe recordar que el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, persigue lograr el desarrollo sostenible de Europa, sobre la base, entre otras consideraciones, de una economía social de mercado altamente competitiva.

El ejercicio de la competencia de plena jurisdicción aparece como el instrumento adecuado para lograr dicho equilibrio.

Fecha recepción original: 20 enero 2014

Fecha aceptación: 26 enero 2014

**ABSTRACT:** One of the big debates in the field of competition law in the European Union, is related to the compatibility of the current system of sanctions of antitrust behaviour with the fundamental right to effective judicial protection and the due process.

It's necessary to reach the right balance between the judicial review of the Commission's decisions imposing fines to undertakings, and the fact that fines are the most important instruments of the competition policy. It seems convenient to stress that article 3.3 of the Treaty on European Union says that "the Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy".

The unlimited jurisdiction appears as the most appropriate instrument in order to achieve this delicate balance.

## I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

Max WEBER, en su obra «Economía y Sociedad»<sup>1</sup>, se refirió a la Justicia del Cadí, como a una suerte de facultad omnímoda del Juez, que administra justicia en función de parámetros puramente subjetivos, y que en consecuencia no obedecen a un razonamiento previsible, sino simplemente a la percepción particular y cambiante del Juez en cada caso.

El ejercicio de la competencia de plena jurisdicción por el Tribunal General de la Unión Europea, debe ofrecer el adecuado contrapunto a esta percepción, en uno de los grandes debates que provoca en la actualidad el Derecho de la Competencia en el seno de la Unión Europea. Este es, el relativo a la determinación de la compatibilidad del vigente sistema de represión de las conductas anticompetitivas, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al proceso debido.

El punto de partida es sobradamente conocido, en la medida en que es una autoridad administrativa la que declara la existencia de las infracciones, y, solo *a posteriori*, interviene la autoridad judicial para pronunciarse sobre el ajuste legal de la previa decisión administrativa, pero sin atribuciones para declarar, por sí misma, la existencia de la infracción.

La razón por la que el debate se presenta en estos momentos con toda su intensidad, no se debe al carácter novedoso de la cuestión, pues la técnica de

1. WEBER, M., «Capítulo II» (Economía y Derecho) del libro *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2ª ed., 4ª reimp. México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

control de la actividad de la Administración por los Jueces de lo contencioso-administrativo, es tan antigua como el Derecho Administrativo mismo.

En realidad, esta actualidad, se debe, efectivamente a otras causas, como ha señalado recientemente, con un detallado examen de la jurisprudencia, el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, M. Whatelet, en sus recientes Conclusiones, presentadas en el asunto Telefónica<sup>2</sup>. En las mismas, se refiere al hecho incontrovertido de que la cuantía de las multas impuestas por la Comisión han sufrido un incremento exponencial en los últimos años<sup>3</sup>, además de las consecuencias derivadas de la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta), y de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, circunstancias que se muestran como una reacción frente a la técnica legislativa generalizada en los Estados miembros consistente en aumentar la cuantía de las sanciones pecuniarias administrativas, por encima, incluso, de los niveles establecidos para infracciones sancionadas sobre la base del Derecho penal<sup>4</sup>.

No obstante lo anterior, un aspecto sustancial del debate, que no puede obviarse, es el relativo a la necesidad de encontrar un equilibrio necesario, entre la efectividad de la garantía judicial que hace posible el control en la imposición de multas por la Comisión, y la configuración de la multa como instrumento para la ejecución la política de la libre competencia. A estos efectos, cabe recordar que el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, fija como un objetivo de la misma, el lograr el desarrollo sostenible de Europa, sobre la base, entre otras consideraciones, de una economía social de mercado altamente competitiva.

En este contexto, no puede olvidarse que, por decisión del legislador, materializada en los artículos 7, 23 y 24 del Reglamento CE 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<sup>5</sup>, la Comisión es la Institución que goza de las atribuciones legales, tanto para declarar la existencia de las infracciones, como para la fijación de las cuantías de las multas.

## II. DOS TÉCNICAS IMPUGNATORIAS PARA VALIDAR UN SISTEMA

La reciente STJ as. *Schlinder* (C-501/11), de 18 de julio de 2013, apartados 33 y ss., ha venido a zanjar, en el ámbito del derecho de la Unión, una cuestión que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se había planteado de forma sistemática, esto es, el ajuste con el artículo 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), y en realidad con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del sistema represivo vigente,

2. Conclusiones del Abogado General M. WHATELET, as. *Telefónica* (295/12), de 26 de septiembre.

3. *Ibid.*, apartado 143.

4. *Ibid.*, apartados 109 a 114.

5. En la actualidad, artículos 101 y 102 del TFUE.

según el cual, es un órgano administrativo, la Comisión, el que impone las sanciones, que posteriormente son revisadas por los Tribunales de la Unión.

Para ello, se apoya en la STEDH as. *Menarini*, de 27 de noviembre de 2011, apartado 59, que dispone que la observancia del artículo 6 del CEDH no excluye que, en un procedimiento de carácter administrativo, un órgano de la Administración imponga inicialmente una «pena». Sin embargo, indica que, la resolución de un órgano administrativo que no reúna los requisitos de independencia establecidos en el artículo 6, apartado 1, del CEDH, debe someterse al control posterior de un órgano judicial, con competencia jurisdiccional plena. Entre las características de tal órgano judicial, debe figurar la competencia para revocar en todos sus extremos, tanto de hecho como de derecho, la resolución impugnada dictada por la Administración.

El TJUE, en la sentencia *Schlinder* mencionada, al pronunciarse sobre el principio de tutela judicial efectiva, principio general del Derecho de la Unión que encuentra hoy su expresión como derecho fundamental en el artículo 47 de la Carta y que se corresponde con el artículo 6, apartado 1, del CEDH, ha declarado que, además, del control de legalidad previsto por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Juez de la Unión dispone, en materia de Derecho de la Competencia, de una competencia jurisdiccional plena establecida por la conjunción de los artículos 261 del TFUE y 31 del Reglamento nº 1/2003. La misma, le faculta para sustituir las apreciaciones de la Comisión por las suyas propias, y en consecuencia, puede suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta (STJ as. *Chalkor* –C-386/10–, de 8 de diciembre de 2011, apartado 63).

El Tribunal de Justicia estima, sobre la base de estos presupuestos, que el nivel de protección dispensado por los Jueces de la Unión, es, no sólo respetuoso con la Carta, sino también con el CEDH según con la interpretación que del mismo hace el TEDH, como pone de manifiesto la STEDH as. *Menarini*, que el TJUE cita de forma expresa.

Esta jurisprudencia, que constituyen una manifestación de los planteamientos más garantistas en materia de control de la actividad de la Administración sancionadora, enlaza sin dificultad con la antigua jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo español de la que es un ejemplo la STS, Sala Tercera, de 9 de febrero de 1972<sup>6</sup>, que anticipó en más de 4 años el primer pronunciamiento dictado en este sentido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concretamente la STEDH as. *Engel*, de 8 de junio de 1976. En dicha sentencia, que debe calificarse como un auténtico *leading case* de la historia jurisprudencial europea, el Tribunal Supremo español ya decía que «las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a una simple enunciación literal, ya que se integran en el supra concepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas

6. El Magistrado ponente de esta sentencia fue D. Rafael de Mendizábal Allende.

manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal».

En estas circunstancias, el objeto del presente análisis, se centra, en un examen general de la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea, y en particular de las resoluciones del Tribunal General, que dan respuesta a las peticiones de revisión de las Decisiones de la Comisión, articuladas sobre la base del recurso de anulación, en la medida en que cuestionan su compatibilidad con las exigencias de la Carta y el CEDH.

El interés en los pronunciamientos del Tribunal General, antiguo Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, radica en que es el único órgano jurisdiccional de la Unión Europea que tiene conferida la misión de revisar todos los puntos de hecho y de derecho de las Decisiones de la Comisión en materia de Derecho de la Competencia, como se desprende de los artículos 256 y 263 del TFUE y 31 del Reglamento 1/2003.

En definitiva, es su concurso el que en realidad valida el sistema de control jurisdiccional respecto de la actividad de la Administración europea, sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Justicia, que, en sede casacional, garantiza la unificación de los criterios jurisprudenciales. Particular atención nos merecerá el ejercicio por el Tribunal General, de la competencia de plena jurisdicción, ya que también es el único órgano jurisdiccional de la Unión, que, en esta materia, puede ejercerla.

### III. LA INTENSIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL Y SU PROBLEMÁTICA

#### A. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Con carácter previo a este examen, resulta conveniente realizar algunas precisiones en relación con la intensidad del control jurisdiccional y sus diferentes manifestaciones, para, a continuación, distinguir este concepto de la cuestión relativa al nivel de prueba exigido en orden a considerar acreditada la existencia de una conducta prohibida.

De este modo, lo que ha venido en llamarse estándar de control, es un concepto referido a la naturaleza y extensión del control que el Juez puede realizar., y admite, esencialmente, dos manifestaciones:

- El control limitado es aquel, en el que el Juez ejerce su control sobre todos los elementos de hecho y derecho de la Decisión, y que, en particular, tiene por objeto la actividad discrecional de la Comisión. En este supuesto, el control se califica como limitado, porque, ante la circunstancia de que la Comisión, para concretar el contenido de su Decisión, debe decantarse por la toma en consideración de determinadas opciones, todas ellas válidas si son respetuosas con la legalidad, el Juez no puede sustituir los criterios de selección empleados por la Administración, ni puede imponerle una opción en particular.

En definitiva, esta situación constituye un supuesto de ejercicio de la discrecionalidad técnica de la Administración, que, en palabras de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, está sometida a la toma en consideración de «apreciaciones económicas complejas», para la concreción de la solución, que estima más oportuna para cada caso. Ello significa, que la Comisión, para determinar la existencia de una eventual infracción o calcular la cuantía de una multa, goza en principio de un cierto margen de apreciación, para tomar, o no, en consideración distintos elementos, sean técnicos o económicos, y para realizar su evaluación a la luz de sus propias Líneas Directrices. La calificación de «apreciaciones complejas» viene dada pues, no tanto por el grado de dificultad en su aprehensión, como por el elevado número de parámetros, de distinta naturaleza, que la Comisión debe evaluar antes de adoptar la Decisión.

- El control completo es aquel en el que el Juez, ejerce también un control integral sobre todos los elementos de hecho y de derecho de la Decisión, pero a diferencia del control limitado, éste no se proyecta sobre la actividad discrecional de la Administración. Por esta razón, sólo existirá una solución válida ante la reclamación efectuada, y ésta coincidirá con la legalidad de la misma.

En otro orden de cosas, el estándar de prueba se refiere al grado de exigencia que puede imponer el Tribunal para considerar acreditada una conducta, concepto que, en su definición, no guarda relación alguna con la intensidad del control, pues mientras éste se refiere al ámbito de actuación del Juez, y más en concreto, sobre los núcleos de actividad de la Administración sobre los que goza de facultades de sustitución en la apreciación o no, el estándar de prueba se refiere al nivel de convicción que la Comisión debe producir ante el Juez, para que éste considere acreditada la existencia de la infracción, y de las circunstancias que la envuelven.

Ello no obstante, una de las críticas generalizadas que recibe el Tribunal General, se apoya en la confusión sistemática de estos dos conceptos, como tendremos ocasión de comprobar.

## B. PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL LLAMADO CONTROL LIMITADO

Tal y como hemos anticipado, cuando el Tribunal se encuentra en la tesitura de ejercer el llamado control limitado, se ve ante la imposibilidad de sustituir los criterios de apreciación de la Comisión. No obstante, y de acuerdo con la pauta reiterada por el Tribunal de Justicia en múltiples sentencias, entre otras, la STJ as. *Scott* (C-290/07), de 2 de septiembre de 2010, apartados 65 y 66, la intensidad del control que el Juez de la Unión puede desplegar es muy relevante, y se concentra en los siguientes extremos:

- Respeto de las reglas de procedimiento y verificación, procediendo de oficio si ello es necesario, sobre la existencia de una motivación suficiente.

- Verificación de la exactitud material de los elementos de prueba, su fiabilidad y de la coherencia interna de la Decisión.
- Determinación sobre la pertinencia de dichos elementos, para apreciar una situación económica compleja, y su suficiencia para establecer las conclusiones pretendidas por la Comisión.
- Determinación sobre la ausencia de error manifiesto de apreciación o desviación de poder, en la Decisión de la Comisión.

Sentadas estas premisas, la consecuencia del uso inexacto o fuera de su contexto de expresiones como «apreciaciones económicas complejas», o «control limitado», y su confusión con otro concepto, como es el estándar de prueba, que como hemos señalado, despliega su razón de ser en un ámbito totalmente distinto, da lugar a una inquietante confusión y a la difusión de la idea de que la jurisprudencia del Tribunal General no resulta compatible con los postulados del artículo 47 de la Carta, o con el artículo 6.1 del CEDH y las interpretaciones que del mismo hace la jurisprudencia del TEDH, ya que, en definitiva, el Tribunal se limitaría a adoptar una postura puramente pasiva ante el ejercicio por la Comisión de su actividad discrecional, que goza de una notable capacidad expansiva, con lo que el control jurisdiccional de la actividad de la Comisión, quedaría reducido a un puro formulismo retórico.

### C. LA REACCIÓN DEL TRIBUNAL ANTE ESTA CRÍTICA

La problemática del control limitado, sólo se manifiesta en el supuesto del control de legalidad, pues en los casos de ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, el Juez sustituye las apreciaciones de la Comisión y, en consecuencia, no se plantea restricción alguna sobre su ámbito de conocimiento.

La respuesta del Tribunal General respecto de esta crítica se encuentra, esencialmente, en su jurisprudencia. Una lectura de la misma, que con detalle proponemos realizar a continuación, pone de manifiesto que, para el Tribunal General, en modo alguno, puede identificarse el control limitado con un menor nivel de exigencia, respecto de la prueba exigible a la Comisión para acreditar la existencia de una infracción, pues la autolimitación en el ámbito del control, solo significa que el Tribunal no puede sustituir las apreciaciones de la Comisión en las materias que son propias de ésta, como la definición de la política de la competencia, y ello porque así lo dispone el Reglamento 1/2003 en sus artículos 7, 23 y 24.

No obstante, precisada esta cuestión, debe subrayarse que la posición del Tribunal General no es puramente pasiva, y así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones, confirmando los pronunciamientos de instancia, y una muestra de ello puede ser la STJ as. *Chalkor* (C-386/10), de 8 de diciembre 2011, apartado 62.

En definitiva, en lo que respecta al control de legalidad, el Tribunal de Justicia ha recordado que el Juez de la Unión debe ejercerlo, basándose en las pruebas aportadas por el demandante para justificar los motivos invocados, sin

que, por otra parte, pueda apoyarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho, ni en lo que se refiere a la elección de los elementos que se tuvieron en cuenta a la hora de aplicar los criterios mencionados en las Directrices, ni en lo que afecta a la evaluación de dichos elementos.

#### IV. LA COMPETENCIA DE PLENA JURISDICCIÓN

Los textos normativos en los que esta técnica se asienta, artículos 261 TFUE y 31 del Reglamento 1/2003, la califican como ejercicio por el Tribunal de la competencia de plena jurisdicción, sin que la misma pueda identificarse propiamente con un tipo de recurso.

La nota o característica fundamental que la define, es la relativa al poder que otorga al Tribunal General para examinar el carácter apropiado de la multa, tomando en consideración, si ello es necesario, elementos complementarios de información no incorporados a la Decisión impugnada, como recoge una reiterada jurisprudencia de la que es un ejemplo la STJ as. *KNP BT (C-248/98)*, de 16 de noviembre de 2000, apartado 40.

Analizamos a continuación los aspectos esenciales de su régimen jurídico<sup>7</sup>

##### A. CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DE LA COMPETENCIA DE PLENA JURISDICCIÓN

El concepto «plena jurisdicción» es objeto de permanente invocación, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia y en ambos casos constituye la referencia básica que nos permite declarar la compatibilidad de la acción punitiva de la Administración, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Así, para el TEDH, según se deduce de los apartados 59 a 64 de la sentencia *Menarini*, antes citada, la plena jurisdicción se caracteriza por las facultades conferidas al Juez para reformar todos los puntos, tanto de hecho como de derecho, de la resolución sobre la que ejerce su control. De forma específica, en el apartado 63, tras admitir que el Juez no pueda sustituir las apreciaciones de la Administración cuando ésta ejerza potestades discrecionales, reclama, por el contrario, que, éste, siempre pueda verificar el uso apropiado que la Administración haya realizado de sus competencias.

En definitiva, existirá plena jurisdicción cuando el Juez pueda controlar, no sólo la fundamentación de la resolución objeto de enjuiciamiento, y sus evaluaciones de orden técnico, sino también la proporcionalidad de las medidas adoptadas, y, además, pueda reemplazar la sanción, o modificarla por razones

7. LEGAL, H., «Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction», *Concurrences*, nº 4-2005, p. 161. El autor describe en este artículo los rasgos esenciales de esta técnica de control y realiza un análisis muy crítico con la, en opinión, defectuosa aplicación de la competencia de plena jurisdicción por los Tribunales de la Unión Europea.

de equidad o, incluso, de oportunidad, como se infiere de la STEDH de 4 de marzo de 2004, as. *Silvester's Horeca Service*, apartado 28.

Los Tribunales de la Unión Europea están plenamente alineados con esta jurisprudencia, como se desprende de la STJ *Chalkor*, antes citada, con la particularidad de que el artículo 31 del Reglamento 1/2003 permite al Tribunal General, no sólo reducir o anular las multas, sino también modificar sus cuantías al alza, una vez interpuesto el recurso jurisdiccional.

No obstante lo anterior, la cuestión dista mucho de ser pacífica, pues el importante voto particular del Juez Pinto de Albuquerque a la mencionada STEDH Menarini ha avivado una ya antigua polémica, sobre la compatibilidad con el artículo 6.1 de la Convención con el régimen revisor de unas sanciones, que el TEDH califica como penales. En definitiva, esta vía crítica sostiene que las sanciones, como manifestación del «*ius puniendi*» del Estado, sólo pueden ser impuestas por Tribunales independientes, con plenitud de poderes, lo que, de acuerdo con la opinión disidente mencionada, no ocurre en los casos de revisión jurisdiccional de una sanción administrativa, en los que la Administración autora de la sanción, goza de un importante poder de actuación discrecional en orden a seleccionar los factores relevantes para declarar la existencia de la infracción y sus circunstancias.

## B. REGULACIÓN LEGAL

La previsión legal que apodera al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para el ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, se encuentra, por una parte, en el artículo 261 del TFUE, que establece que un Reglamento adoptado por el Parlamento y Consejo o por el Consejo en los casos previstos en los Tratados, puede atribuir dicha competencia al Tribunal respecto de las sanciones establecidas en dichos Reglamentos, y por otra, en el artículo 31 del Reglamento 1/2003, que específicamente la contempla en materia de Derecho de la Competencia, a los efectos de resolver los recursos interpuestos contra las Decisiones de la Comisión en cuya virtud se haya fijado una multa sancionadora o coercitiva. De forma inequívoca se añade que el Tribunal podrá anular, reducir o incluso aumentar la multa.

El examen de estas dos normas, arroja ya una divergencia notable referida a su ámbito de aplicación. Mientras el artículo 261 del TFUE la reduce al control de las sanciones que pudieran imponerse por la Comisión, en relación con todos los elementos que inciden en la determinación del montante de la multa, con facultades del Tribunal General en este ámbito para sustituir las apreciaciones de la Comisión por las suyas propias, el artículo 31 del Reglamento 1/2003 la extiende a la posibilidad de que el Tribunal General realice un pronunciamiento sobre la existencia misma de la infracción, situación en la que el Tribunal actuaría como una especie de instancia de apelación, respecto de la resolución administrativa.

La divergencia señalada debe reconducirse a los términos establecidos en

el Tratado, por ser norma de mayor rango, y ser la base legal que permite la disposición misma del Reglamento, y así lo ha entendido, como regla general, el Tribunal de Justicia, pudiendo citarse en este sentido la STJ Schlinder, antes citada, apartado 36.

No obstante, este planteamiento no puede calificarse de unívoco, ya que en sentido contrario y prácticamente como pronunciamiento aislado, puede citarse la STJ as. *Limburgse Vinyl Maatschappij (C-238/99)*, de 15 de octubre 2002, apartado 692, en el que explícitamente se dispone que «la mera interposición de un recurso contencioso no implica la atribución definitiva al Juez comunitario de la facultad de imponer sanciones. La Comisión se ve privada definitivamente de su facultad cuando el Juez ha ejercido efectivamente su competencia jurisdiccional plena. En cambio, cuando se limita a anular una decisión por una ilegalidad, *sin pronunciarse sobre la existencia de la infracción* y sobre la sanción, la Institución de la que procede el acto anulado puede retomar el procedimiento en la fase correspondiente a la ilegalidad observada y ejercer de nuevo su facultad sancionadora». Es decir, el Tribunal de Justicia parece admitir que el Juez de la Unión pueda pronunciarse sobre la existencia de la sanción, al margen de su eventual declaración de nulidad.

### C. ÓRGANO COMPETENTE PARA SU EJERCICIO

El artículo 261 del TFUE atribuye esta competencia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y dado que con esta denominación no se designa a un concreto órgano jurisdiccional, sino a la Institución misma, resulta conveniente clarificar que corresponde al Tribunal General, antiguo Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, ejercer esta competencia, en lo que se refiere a su característica esencial, cual es la posibilidad de sustituir las apreciaciones de la Comisión por razones de equidad u oportunidad, y hacerlo sobre la base de elementos complementarios de información, que no obran, necesariamente, en la Decisión misma.

El Tribunal de Justicia tiene vedada la posibilidad de sustituir las apreciaciones del Tribunal General, y debe limitar su intervención, en los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias de instancia, a verificar si la sentencia de instancia ha dado respuesta de modo suficiente y con arreglo a derecho, a todas las alegaciones formuladas por la recurrente, tendentes a solicitar la reducción o supresión de la multa. A esta conclusión llega una jurisprudencia reiterada, de la que es un ejemplo la STJ as. *Ferrière Nord (C-219/95)*, de 17 de julio de 1997, apartado 31.

### D. CONDICIONES FORMALES PARA SU EJERCICIO

Esta competencia carece de naturaleza autónoma, por lo que la parte sólo puede solicitar al Tribunal que haga uso de ella en el marco de un recurso de anulación, en el que, previamente, ha de solicitarse la nulidad total o parcial de la Decisión por razones de legalidad. Explícitamente se pronuncia sobre esta

cuestión, y en el sentido expuesto, el Auto del Tribunal General de 9 de noviembre de 2009, as. *FNICGV* (T-252/03), apartados 22 y 25.

Dicha resolución, en definitiva, declaró inadmisibile un recurso, autodenominado de plena jurisdicción, formulado de forma autónoma, y una vez transcurrido el plazo de dos meses previsto para la interposición del recurso de anulación. Es, justamente, en razón de esta falta de autonomía, que la petición al Tribunal para que ejerza su competencia de plena jurisdicción, y con ello obtener una reducción o anulación de la multa al margen de su legalidad, debe vincularse a la interposición, en plazo, de un recurso de anulación en los términos expuestos.

No obstante lo anterior, y en justa contrapartida, las partes pueden reclamar del Tribunal el ejercicio de esta competencia en cualquier momento, incluso durante la vista oral, siempre que se respete el derecho de defensa del contrario.

El Tribunal no puede ejercer de oficio esta competencia, y en consecuencia, su falta de invocación explícita por la recurrente, o la falta de apoyo probatorio a su invocación, con posibilidad de impugnación por la otra parte, determina la imposibilidad para el Tribunal de modificar la multa, aún en el supuesto de que lo considerara necesario. Totalmente esclarecedoras a este respecto son las Sentencias del TJ as. *Chalkor* y *KME* (C-386/10, C-389/10 y C-272/10), de 8 de diciembre de 2011, apartados 64, 131 y 104 respectivamente, que únicamente contemplan como excepción al planteamiento expuesto, los supuestos en los que un motivo de recurso debe plantearse de oficio, como sería el caso de la falta de motivación de la Decisión recurrida.

El ejercicio de esta competencia está supeditado pues, al respeto de dos principios esenciales que rigen el proceso: el dispositivo y el de contradicción.

*i. Particularidades que se presentan en relación con el respeto al principio dispositivo y el incremento de las multas*

En primer lugar, la Comisión está facultada para solicitar, ya desde la contestación a la demanda, la modificación al alza de la cuantía de la multa contenida en su propia Decisión, como pone de manifiesto la STPI as. *Tokai Carbón* (T-246/01), de 29 de abril 2004, apartados 98 y 112, en un supuesto en el que la recurrente, tras haber obtenido una reducción de la multa en fase administrativa por haber admitido en la contestación al pliego de cargos determinados hechos sobre la duración de la infracción, los negó desde la demanda interpuesta en la fase judicial posterior. La petición de la Comisión, en este caso, fue acogida por el Tribunal.

Por otra parte, de acuerdo con una jurisprudencia consolidada, una vez que la recurrente plantea al Tribunal el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción, incluso ya en la fase de juicio oral, y éste interroga a las partes sobre la eventualidad de aumentar la multa, nada le impide proceder al incremento de la sanción al dictar sentencia. En este sentido se pronuncia la STJ as.

*Grupo Danone* (C-3/06), de 8 de febrero 2007, apartados 70 a 82, o la STPI as. *Basf* (T-111/05), de 12 de diciembre 2007, apartados 214 a 220, en la que de forma detallada se expone el procedimiento contradictorio y el razonamiento seguido por el Tribunal para fijar el incremento de la multa.

#### E. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA PLENA JURISDICCIÓN

Una cuestión que se vincula directamente con la naturaleza de la competencia de plena jurisdicción, es la relativa a determinar si, además de su necesaria invocación formal, resulta necesaria la concurrencia de algún presupuesto objetivo, que faculte al Juez para su ejercicio

A este respecto pueden señalarse la existencia de distintas concepciones, reflejadas en la jurisprudencia del Tribunal General:

##### *i. Necesaria declaración previa de ilegalidad de la Decisión*

Así lo afirma de manera imperativa la STPI as. *Basf* (T-15/02), de 15 de marzo de 2006, apartado 582, que establece para su ejercicio la doble e inexcusable condición, de la previa constatación de la ilegalidad del acto impugnado y de la vinculación de su ejercicio a remediar directamente las consecuencias de dicha ilegalidad sobre el montante de la multa impuesta.

En la misma línea, aunque, ciertamente, de una forma más flexible, se pronuncia la STG as. *Romana Tabachi* (T-11/06), de 5 de octubre de 2011, apartados 265 a 286.

Esta concepción jurisprudencial, singularmente en los términos expresados por la sentencia *Basf*, debe considerarse como minoritaria en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal General.

##### *ii. Constatación de vicios en el acto impugnado, que no justifican «per se» la declaración de su nulidad o anulabilidad*

El ejercicio de la competencia de plena jurisdicción se vincula, también en estos casos, a un presupuesto objetivo de carácter antijurídico, que el Tribunal está obligado a identificar en su resolución. No obstante, la nota común a los diferentes supuestos que a continuación se analizan, es la de justificar el ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, no tanto por la propia antijuridicidad del acto recurrido, pues basta con que sea mínima, como por la valoración que de la misma hace el Tribunal. Se analizan a continuación, tres supuestos distintos que permiten establecer el contexto en el que se inscribe esta concepción:

##### *a) Irregularidad procedimental, no invalidante del acto recurrido:*

En la STPI as. *Hoescht* (T-410/03), de 18 de junio de 2008, apartados 136 a 139, 581 y 582, el Tribunal constata que la Comisión había probado la infracción imputada a la recurrente, que acordó con otras entidades fijar unos objetivos de precios, atribuirse determinadas cuotas de mercado, establecer un sis-

tema de información y control, y no suministrar tecnología a las nuevas empresas que quisieran entrar en el mercado.

Sin embargo, también constata que la Comisión, ha violado el principio de buena administración e igualdad de trato, por cuanto un funcionario de dicha Institución, en el marco de la política de clemencia, aseguró a la entidad recurrente que no le informaría de los contactos iniciados con sus servicios, por otras entidades implicadas en el cártel para obtener dispensas de la multa, y, sin embargo, pocos días después, prometió a una de ellas, que se le advertiría en el caso de que sus competidoras intentasen adelantarla en la cooperación.

Es el hecho de formular dicha promesa, con independencia de si efectivamente fue cumplida o no, lo que da pie al Tribunal para calificar la conducta de la Comisión de irregularidad procedimental. El hecho de que ésta no tuviera entidad suficiente para justificar la anulación de la sanción, no le impidió al Tribunal ordenar su reducción en un 10%, sin perjuicio de mantener la legalidad del acto recurrido.

Para ello, invocó el ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, dada la importancia que para la Comisión tiene el deber de respetar los dos principios mencionados, reconocidos ya posteriormente en la Carta, como derechos fundamentales.

*b) Inaplicación por la Comisión de sus Líneas Directrices:*

Tal y como ha reiterado el TJUE en numerosas ocasiones, las líneas directrices de la Comisión, no son normas jurídicas propiamente dichas, sino criterios internos de actuación. Esta afirmación, no es incompatible con el hecho de que su incumplimiento pueda tener efectos jurídicos, negativos para la Comisión ya que ésta sí está vinculada por las mismas. No obstante, no necesariamente de tal incumplimiento se deriva siempre la responsabilidad de la Comisión.

Un buen ejemplo de esta circunstancia lo encontramos en la STPI as. *Cheil Jedang* (T-220/00), de 9 de julio 2003, apartados 100 a 103. En este caso, el Tribunal ejerce su competencia de plena jurisdicción para tomar en consideración determinados elementos que estimó pertinentes a los efectos de graduar la sanción. Dichos elementos obraban en el expediente, y, sin embargo, la Comisión, por error, no los ponderó al tiempo de dictar su resolución sancionatoria. Se refiere en concreto a la cifra de negocios de la recurrente en un mercado sectorial determinado.

A pesar de todo ello, tras valorar el conjunto de los elementos pertinentes, el Tribunal llega a la conclusión de que, incluso tomando en consideración las cifras omitidas por error, no se habría vulnerado el principio de proporcionalidad, razón por la que desestimó el recurso en este punto.

*c) Decisión materialmente injusta, debida a errores de la recurrente:*

La STG as. *Arkema* (T-217/06), de 7 de junio de 2011, se pronunció sobre una situación singular, pues el Tribunal accedió a reducir la sanción impuesta,

y ello a pesar de no apreciar ilegalidad o irregularidad alguna en la resolución de la Comisión.

Antes, al contrario, el fundamento de la minoración de la multa, resultó ser la reparación de una situación de injusticia material en su cálculo, provocada por un error de la propia recurrente. En efecto, en su respuesta al pliego de cargos, no informó a la Comisión que justo antes de la imposición de la sanción había dejado de pertenecer a un determinado grupo empresarial, dato esencial para calcular el montante de la multa.

Así, en los puntos 247 a 249 de la sentencia, el Tribunal rechaza como motivo de anulación de la Decisión dicha circunstancia, invocada en el acto de la vista, ya que la Comisión calculó la multa, con la información ofrecida por la recurrente.

No obstante, en los puntos 251 a 255, el Tribunal se apoya en dicha invocación, y considera, subrayando que en la vista oral se han respetado los derechos de defensa de la Comisión, que concurren los presupuestos necesarios para el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción, con el fin de reducir la cuantía de la multa mediante la reducción del coeficiente corrector impuesto.

Finalmente, en los apartados 279 y 280 de la sentencia, el Tribunal justifica la reducción la multa por aplicación de los principios de igualdad y proporcionalidad, en definitiva, por la violación de una regla de derecho, y a partir del apartado 338, establece el método para el nuevo cálculo.

### *iii. Valoración de circunstancias subjetivas por el Tribunal, al margen de la ilegalidad o irregularidad de la resolución*

La valoración, a los efectos de graduar la multa, de la información obtenida por la Comisión como consecuencia de la política de clemencia, constituye uno de los ejemplos más claros del ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, en la medida en que el Tribunal directamente entra a valorar el grado de utilidad que la información facilitada tuvo para la Comisión. Para ello, toma en consideración, tanto los elementos temporales, como los relativos al contenido de la información misma.

Al proceder de esta manera, el Tribunal sustituye la apreciación de la Comisión, y gradúa la multa de forma diferente, no en función de la violación de una regla de derecho, sino simplemente por no compartir los criterios de la Comisión, por lo que al valor de la información respecta. En este sentido puede verse la STPI as. *BPB* (T-53/03), de 8 de julio de 2008, apartados 478 a 482.

## **V. PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DEL EJERCICIO DE LA PLENA JURISDICCIÓN**

El ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, ha llevado al Tribunal General a dar respuesta a una serie de cuestiones que, desde una óptica puramente pragmática, podemos sistematizar de la siguiente forma:

A. EL TRIBUNAL TOMA EN CONSIDERACIÓN DETERMINADOS ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS DE INFORMACIÓN, QUE NO FUERON TOMADOS EN CUENTA POR LA DECISIÓN

El Tribunal muestra una posición manifiestamente inequívoca en favor de esta posibilidad, y así resulta avalado por una constante y uniforme jurisprudencia, pero su concreción ha variado en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, dando lugar a una jurisprudencia que presenta algunas oscilaciones. El examen de distintos casos frente a los que ha tenido que posicionarse el Tribunal, puede ayudar a una mejor comprensión de esta problemática.

*i. Toma en consideración de elementos preexistentes a la fecha de la Decisión*

a) En el caso de sustitución de determinados elementos, obrantes en el expediente administrativo, por otros: que también figuran en el mismo: En la STPI as. *Cheil Jedang* (T-220/00), de 9 de julio de 2003, apartados 100 a 103, el Tribunal procede de esta manera y toma en consideración, para el cálculo de la multa, la cifra de negocios de la entidad sancionada en un mercado determinado, aspecto que fue ignorado por la Comisión. No obstante, terminó concluyendo que, incluso centrándose en dicha circunstancia, la sanción impuesta debía mantenerse de forma íntegra, por no resultar desproporcionada.

b) En el caso de incorporación de un nuevo hecho, omitido por error, y que no figura en la Decisión:

La posición del Tribunal en este tipo de supuestos no es unívoca y pueden observarse líneas jurisprudenciales diversas:

La primera estaría representada por la STG as. *Arkema* (T-217/06), de 7 de junio de 2011, apartados 247 a 249, en los términos que acaban de exponerse en el capítulo anterior, y que en esencia admite, sin mayor problema, la evaluación por el Tribunal de estos elementos nuevos.

La segunda, estaría representada por STPI de 27 de septiembre de 2006, as. *Roquette-Frères* (T-322/01), apartados 51 a 56 y 293 a 315.

Esta sentencia, ante un supuesto similar al antes examinado, adopta una solución parcialmente diferente, pues, si bien se muestra favorable a la toma en consideración de estos nuevos elementos, el Tribunal ejerce la competencia de plena jurisdicción para incrementar el importe de la multa impuesta a la recurrente. De esta manera, censura la negligencia de la recurrente, que provocó una resolución errónea de la Comisión, al haber presentado inicialmente, en respuesta a un requerimiento de información, unos datos equivocados sobre su cifra de negocios.

El Tribunal incrementó la sanción en una cuantía similar a la máxima de la multa que hubiera podido imponérsele, por proporcionar información inexacta frente a un requerimiento formal de la Comisión. Esta manera de proceder, al restringir el acceso de nuevos elementos de información al Juez, puede plantear una cierta tensión con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que la carga impuesta a la recurrente por su tardía reacción, sea

considerada excesiva. No obstante, la sentencia tiene en cuenta esta circunstancia y justifica de manera muy precisa y ponderada la cuantía del incremento de la multa.

Finalmente, la STG as. *Shell* (T-343/06), de 27 de septiembre de 2012, apartados 116 a 126, se alinea en esta misma dirección. El Tribunal, por una parte, advierte a la recurrente de su deber de colaboración con la Comisión ante una demanda de información, y, por otra, toma en consideración determinados elementos de información y prueba, presentados por vez primera en fase judicial, y que tienen por objeto modificar la cifra de negocios declarada inicialmente. Tras una valoración de los documentos en cuestión, concluye, dadas las particularidades del caso, que no procede modificar la multa.

c) En el caso de la incorporación de nuevos elementos que implican una nueva y distinta valoración de los hechos:

El Tribunal, en la STPI as. *CGM* (T-86/95), de 28 de febrero de 2002, apartados 487 y 488, mantiene una posición polémica, que no ha sido reiterada posteriormente, y que, en esencia, consiste en valorar decisiones precedentes de la Comisión, en las que, ante la misma conducta que motivó en el caso enjuiciado la imposición de sanciones. Sobre este análisis, concluye, en el ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, que la imposición de las multas no resultaba justificada.

Al valorar los precedentes de la Comisión por los que se procedió al archivo del expediente en el caso de denuncia de conductas similares a la enjuiciada, el Tribunal, lo que realmente hace, es incorporarlos al expediente, como nuevos elementos probatorios y tomarlos en consideración para dictar su sentencia. De esta manera, se da la impresión de inaplicación, aunque del texto de la sentencia pudiera desprenderse lo contrario, del principio de que no se puede invocar el principio de igualdad de trato desde la ilegalidad.

## *ii. Toma en consideración de elementos posteriores a la fecha de adopción de la Decisión*

La posibilidad de que el Tribunal tome en consideración elementos probatorios de fecha posterior a la del acto objeto de enjuiciamiento, constituye un supuesto verdaderamente excepcional.

En ningún caso resultará admisible esta práctica cuando la vía de impugnación ante el Tribunal, sea la del control de legalidad, pues, en ese caso, rige, de forma inexorable, la regla de que sólo pueden examinarse las circunstancias de hecho y de derecho, anteriores a fecha de la decisión objeto de recurso.

El supuesto que se plantea en este apartado, implica una manifestación específica del ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, y puede presentarse bajo diferentes formas, constatándose también ciertas oscilaciones en la jurisprudencia del Tribunal. A estos efectos, podemos distinguir distintas situaciones:

- a) El caso en el que el Tribunal admite plenamente y sin reservas, estos elementos:

En la STPI as. *CB* (T-275/94), de 14 de julio de 1995, apartados 61 y 64, el Tribunal expresamente admite fundarse en elementos posteriores a la fecha de adopción de la Decisión, singularmente, y en este caso, la conducta de la recurrente tendente a disminuir los efectos nocivos de su actuación. El Tribunal reitera así, la doctrina contenida en la STP as. *Istituto chemioterapico italiano* (T-6/73), de 6 de marzo de 1974, apartado 52.

En la STPI as. *Romana Tabachi* (T-11/06), de 5 de octubre de 2011, apartados 282 y 284, el Tribunal, una vez acreditada la ilegalidad de la conducta de la recurrente, toma en cuenta datos de su situación financiera, que sólo se aportan en fase de adopción de medidas cautelares, y reduce la sanción, con invocación del principio de proporcionalidad, en un 50%, considerando la multa final disuasiva.

- b) El Tribunal matiza la doctrina expresada en las resoluciones anteriores:

El Tribunal, en la STPI as. *Roquette-Frères*, anteriormente mencionada, apartado 327, subraya que sólo en casos absolutamente excepcionales podrían aceptarse elementos posteriores a la adopción de la Decisión.

Justifica esta posición, en la aplicación del principio de seguridad jurídica y el equilibrio institucional entre el poder ejecutivo y el judicial, dado que si el Tribunal tomara en consideración este tipo de elementos, posteriores a la resolución objeto de recurso, en realidad estaría impidiendo a la Administración pronunciarse sobre la cuestión, sustituyendo su apreciación por la propia del Tribunal. En el caso concreto enjuiciado, al no estimar la concurrencia de excepcionalidad alguna en la petición de la recurrente, procedió a rechazar la petición revisora basada en dichos elementos.

No obstante lo anterior, esta cuestión no puede examinarse sin tener en cuenta las implicaciones derivadas del derecho de defensa y más en concreto, del derecho a no declarar contra sí mismo. La STJ as. *Knauf Gips* (C-407/08), de 1 de julio de 2010, apartados 89 a 93, ha puntualizado que el reconocimiento explícito o implícito por parte de la recurrente, de las imputaciones que figuran en el pliego de cargos, no le impide ejercer su defensa ante el Tribunal con plenitud de medios, al no existir una ley que limite ese derecho.

## B. EL TRIBUNAL PUEDE FIJAR UN NUEVO MONTANTE DE LA MULTA, PERO DEBE JUSTIFICARLO

La competencia de plena jurisdicción, tal y como ya hemos señalado, confiere al Tribunal un gran poder de actuación en orden a la fijación de la cuantía de las multas, que puede descansar de forma exclusiva en razones de pura equidad. Ello es así, hasta el extremo de que el núcleo de esta apreciación, no puede ser sustituido por la particular valoración que el Tribunal de Justicia

podiera tener sobre este particular. El recurso de casación se limita por lo tanto a apreciar la posible violación de una regla de derecho por parte del Tribunal.

No obstante lo anterior, esta amplia facultad del Tribunal no queda a su libre arbitrio, y buena prueba de ello es el esfuerzo permanente del Tribunal para precisar en su jurisprudencia, los límites que se autoimpone cuando ejerce esta competencia. En este sentido, pueden analizarse los siguientes ejemplos:

- i. *En el supuesto de que el Tribunal constate la existencia de una ilegalidad en la fijación de la multa, y a pesar de ello decide no modificar su importe, debe justificar este proceder*

Así, en la STPI as. *Archer Daniels* (T-59/02), de 27 de septiembre de 2006, apartados 443 a 445, el Tribunal, a pesar de constatar que la Comisión sancionó a la recurrente imputándole dos conductas que no había mencionado en el pliego de cargos, mantiene la multa, sin reducción alguna. No obstante, estima necesario justificar su modo de proceder, y a tal efecto, señala que los dos cargos adicionales que le fueron indebidamente imputados a la recurrente en la resolución sancionatoria, no venían a alterar la gravedad de la conducta, y en definitiva, eran redundantes respecto de las conductas correctamente sancionadas.

- ii. *En el supuesto de que efectivamente el Tribunal decida modificar la multa, su libertad de actuación se ve limitada por la justificación objetiva del procedimiento seguido para ello*

El examen de la jurisprudencia nos muestra algunos ejemplos:

- a) El Tribunal decide aplicar las Líneas Directrices de la Comisión:

Las Líneas Directrices de la Comisión, como con reiteración ha señalado la jurisprudencia, no son normas jurídicas, aunque su infracción pueda deparar a la Comisión perjuicios, jurídicamente exigibles. Por ello, el Tribunal, al recalcular la multa, no está obligado a aplicar o a reinterpretar las Líneas Directrices de la Comisión, lo que no le impide hacerlo si considera que ése es el método apropiado.

El Tribunal ha sufrido numerosas críticas por el hecho de recalcular la nueva multa siguiendo el método de la Comisión, imputándole falta de energía y pasividad en el control. Esta crítica no tiene en cuenta que, el mantenimiento del método seguido por la Comisión, tiene la ventaja de que es conocido por todos, normalmente las Líneas Directrices incorporan los criterios establecidos por el Tribunal en su jurisprudencia, y su aplicación permite imponer una multa final previsible. Por ello, cabría reconducir la crítica a los supuestos en los que el Tribunal procede a su aplicación, a pesar de que se pone de manifiesto que dicho método adolece de algún defecto que justifica su inaplicación. Así, la STG as. *Arkema*, antes citada, apartado 340, aplica el método de la Comisión y lo

justifica señalando que el mismo, garantiza, en todo caso, el efecto disuasivo de la multa.

b) El Tribunal decide aplicar un método alternativo al de las Líneas Directrices de la Comisión.

Dentro de la libertad de actuación de la que goza el Tribunal para la reevaluación de las multas, la STG as. *Fuji* (T-132/07), de 12 de julio de 2011, en su apartado 220, adopta, para fijar el aumento de la multa inicialmente impuesta, el mismo método que el seguido por la Comisión, que en ese caso concreto había empleado otro distinto al de sus Líneas Directrices. El Tribunal sigue dicho método y lo justifica por un doble motivo: en primer lugar porque el mismo responde también a una práctica habitual de la Comisión, y en segundo lugar, porque fue aplicado a todas las empresas implicadas en la infracción, sin que fuera contestado.

c) Finalmente, el Tribunal puede, si lo estima necesario, adoptar su propio método. La STG as. *E.ON* (T-360/09), de 12 de julio de 2012, apartados 302 a 305, es una buena muestra de ello, pues el Tribunal, en ese caso, oídas las partes, justifica la adopción de un método diferente al seguido por la Comisión e impone una multa de mayor cuantía.

El Tribunal llega a esta conclusión, por la convicción de que el método seguido por la Comisión, no tomaba en consideración todas las circunstancias pertinentes del caso, y daba lugar a la imposición de una multa sensiblemente inferior a la que el Tribunal consideraba pertinente.

## VI. EFICACIA Y GARANTÍAS: ¿UNA ANTINOMIA IRREDUCTIBLE?

Tal y como ya anticipábamos al inicio de este artículo, la construcción jurisprudencial que acabamos de exponer, con todas sus oscilaciones y evoluciones, responde a una idea básica que permanece inalterable desde las primeras sentencias recaídas en la materia: el control jurisdiccional de las decisiones de la Comisión en materia de Derecho de la Competencia, se realiza, por una parte mediante el recurso de legalidad, que solo permite al Juez confirmar o anular la decisión, pero sin posibilidad de sustituir las apreciaciones discrecionales de la Comisión, y por otra, mediante el ejercicio la competencia de plena jurisdicción, que se proyecta de manera exclusiva sobre la cuantía de las multas, y que permite al Tribunal, con la posibilidad de sustituir plenamente a la Comisión, aumentar, mantener o reducir las multas impuestas por la Comisión.

En todo caso, no puede olvidarse, que esta arraigada construcción jurisprudencial, está en plena sintonía con los postulados del TEDH, y más en concreto con la sentencia de 27 de septiembre de 2011, as. *Menarini*, antes citada.

Así las cosas, y visto el poder atribuido al Tribunal para fijar las cuantías de las multas, sustituyendo las apreciaciones de la Comisión, resulta necesario dedicar algunas líneas a tratar de conciliar este posicionamiento jurisprudencial con el hecho incuestionable de que en el sistema de libre competencia europeo,

la fijación de la política de la competencia corresponde a la Comisión y no a los jueces.

La paradoja está servida, y la tensión que la misma incorpora afecta al núcleo mismo del sistema, ya que por un lado se trata de garantizar un principio básico del Estado de derecho, como es la efectividad de la tutela judicial, y por otro, se pone en tela de juicio un objetivo político, que afecta a uno de los fines básicos de la propia Unión Europea, como es la elección del sistema de garantía de la libre competencia.

A estos efectos, pueden tomarse en consideración los siguientes aspectos:

A. La Comisión es la Institución que tiene a su cargo la concreción de la política de la libre competencia.

La base legal de esta afirmación se encuentra en el Reglamento 1/2003 y más específicamente en su artículo 4, que señala la competencia general de la Comisión para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

B. La fijación de las multas, sancionatorias o coercitivas, constituye el instrumento designado por el Reglamento 1/2003, considerando 29 y artículos 23 y 24, para garantizar la observancia de los artículos 101 y 102 del TFUE, es decir, para asegurar el cumplimiento de la política de la libre competencia.

C. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, viene a incidir muy claramente en este aspecto y buena prueba de ello es la STJCE de 7 de junio de 1983, as. *Musique et difussion française* (100/80), apartado 109, y la STG de 9 de septiembre de 2010, as. *Tomra* (T-155/06), apartado 311, en las que de forma explícita se hace mención a la facultad de la Comisión, para elevar la cuantía de una multa, dentro de los límites legales, si ello resulta necesario para aplicar la política de la competencia.

D. No obstante lo anterior, el artículo 31 del Reglamento 1/2003, de forma explícita confiere al Tribunal la competencia jurisdiccional plena, para resolver los recursos interpuestos contra las decisiones de la Comisión en los que se impongan multas sancionadoras o coercitivas, con atribuciones para suprimir, reducir, o incluso aumentar sus cuantías. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal General, confirmada por la del Tribunal de Justicia, como hemos tenido ocasión de comprobar, expresamente ha subrayado las facultades del Tribunal para modificar el importe de las multas, por razones puramente subjetivas y de equidad (STG as. *Romana Tabacchi*, antes citada).

E. La jurisprudencia del TEDH es particularmente clara sobre este punto, pues la STEDH de 27 de septiembre de 2011, as. *Menarini*, sólo viene a confirmar la rotundidad con la que se pronunció el mismo Tribunal en la STEDH as. *Silvester's Horeca Service*, de 4 de marzo de 2004, en el sentido de que sólo cuando el Juez puede pronunciarse con plena jurisdicción sobre la cuantía de la multa, sustituyendo, si lo considera oportuno, las apreciaciones de la Comisión, el sistema de imposición de multas por una autoridad administrativa, deviene compatible con el artículo 6.1 de la CEDH.

## VII. EL COMPLEMENTO DE MOTIVACIÓN COMO RESPUESTA

En estas circunstancias se impone el intento de formular una propuesta de conciliación entre estas dos premisas, aparentemente contradictorias, pues por un lado se afirma un margen de apreciación en favor de la Comisión para fijar el importe de las multas, siempre que sea respetuoso con la legalidad, y por otro, se hace depender la validez de todo el sistema, de la posibilidad de que el Juez pueda, por razones incluso de equidad, modificar íntegramente una multa, sustituyendo, si así lo estima pertinente, los criterios de apreciación de la Comisión.

Una evolución deseable de la jurisprudencia del Tribunal, que hace ya algún tiempo sido apuntada, podría ayudar a paliar este conflicto. En efecto, la STPI as. *Tréflunium* (T-148/89), de 6 de abril de 1995, apartados 141 y 142, puso de manifiesto, por primera vez, la conveniencia de ir más allá en la exigencia del nivel de motivación respecto de las resoluciones de la Comisión en esta materia. Así, en el apartado 142 de la referida sentencia, tras constatar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no exigía para tener cumplido el deber de motivación que la Comisión expusiera los criterios en los que pensaba basarse para imponer la multa, el Tribunal de Primera Instancia estimó que lo contrario sería deseable. Las razones que esgrimió el Tribunal para ello, se refieren, es cierto, estrictamente a cuestiones vinculadas con la problemática específica del deber de motivación, en su relación con el principio de buena administración y más en concreto, con la circunstancia de dotar a la resolución de la Comisión de un mayor grado de transparencia que evitaría la necesidad para la parte recurrente de introducir un recurso jurisdiccional para conocer «a posteriori», durante la tramitación del proceso, los elementos tonados en consideración por la Comisión para fijar la cuantía exacta de la multa.

No obstante lo anterior, y si bien la motivación exigible, que tiene por finalidad esencial facilitar el control de la legalidad de la Decisión por el Juez, sigue contrayéndose a la concreción de las razones que justifican la calificación de la gravedad de la infracción y su duración (mandato establecido en la actualidad por el artículo 22.3. del Reglamento 1/2003), la STJ as. *Sarrió* (C-291/98), de 16 de noviembre de 2000, apartados 68 a 78, es una muestra de que esta posición restrictiva sobre el deber de motivación, no es incompatible con una exigencia más precisa sobre la necesidad de incorporar a la Decisión, elementos complementarios de información relativos a los datos precisos que ha justificado la concreta fijación de la cuantía de la multa. A este respecto, resultan muy ilustrativos los apartados 76 y 77 de la referida sentencia, en los que expresamente se indica que la integración de la Decisión con los elementos que permiten conocer de forma detallada el cálculo de la cuantía de la multa, pueden ser muy relevantes para facilitar al Juez el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción y verificar el carácter adecuado de la multa.

El Abogado General M. Wathelet, en sus conclusiones de 26 de septiembre de 2013, as. *Telefónica*, antes citadas, replantea la cuestión, ante las exigencias de la jurisprudencia del TEDH, sentencia de 27 de septiembre de 2011, as.

*Menarini*, antes citada, apartado 63, en la medida en la que impone al Tribunal, pronunciarse sobre el carácter apropiado de la multa, para lo cual necesitará contar con los máximos elementos de información, y en los apartados 64 a 66, se refiere, como competencia irrenunciable del Juez, el examen sobre la proporcionalidad de la sanción. En este sentido, también destaca la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia, STJUE as. *Chalkor*, antes citada, apartado 61, en el que expresamente se indica que corresponde a la Comisión motivar su decisión y en particular, explicar la ponderación y evaluación de los elementos que tuvo en cuenta para fijar la sanción.

No obstante lo anterior, las reflexiones del Abogado General Wathelet sobre este particular se orientan exclusivamente sobre el alcance del deber de motivación, sin plantearse, desde esta perspectiva, la problemática a la que nos estamos refiriendo. Ello no obstante, de forma expresa el Abogado General aborda la cuestión que nos ocupa en el apartado 124 de sus conclusiones, donde afirma que su planteamiento, caracterizado por una intervención absoluta del Juez en la fijación de las sanciones, no entorpece el ejercicio de la política de la competencia por la Comisión, ya que el Juez, al efectuar su revisión, sólo se pronuncia sobre un caso concreto, lo que no impide a la Comisión, ejercer sus competencias sobre el resto de los asuntos de que conoce.

No es ésta, en mi opinión, la manera de salvar la divergencia apuntada entre las facultades de definición de la política de la competencia por la Comisión y las de revisión jurisdiccional del Tribunal.

La definición de una política, su credibilidad y su cumplimiento por los destinatarios de la misma, se vincula, lógicamente a su previo conocimiento, en definitiva a su transparencia, valor también subrayado por la precitada sentencia *Sarrió*, apartado 77. La transparencia en la actuación de la Comisión, permite al Juez constatar realmente la existencia de una política en esta materia, concebida en términos generales y con aplicación efectiva en supuestos similares. Una política tan relevante para los fines de la Unión, requiere un tratamiento uniforme, y no puede quedar sometida a excepciones, vinculadas a la interposición o no de recursos jurisdiccionales contra las Decisiones por las que se aplica.

La ampliación de la exigencia de concreción de la Decisión, sugerida por la sentencia *Sarrió*, y formulada de una manera más imperativa por las sentencias *Menarini* del TEDH y *Chalkor* del TJUE, puede constituir una fórmula adecuada para solventar la contradicción a la que nos referimos.

Es evidente que si la Comisión se ve en la obligación, de justificar el importe exacto de la multa, es decir, se le impone la carga de exteriorizar las razones específicas por las que llega a la fijación de la cuantía multa aun admitiéndole un cierto margen de apreciación, se facilita el control del respeto del principio de igualdad de trato, y el principio de seguridad jurídica. La consecuencia inmediata de este modo de proceder es la de aumentar el grado de confianza en las Instituciones, pues de esta manera se permite al Juez ejercer

de manera correcta su competencia de plena jurisdicción, en orden a verificar la adecuación de la multa y el uso adecuado de sus competencias por la Comisión.

Las exigencias que derivan de estos objetivos, deben hacer decaer las críticas que a esta concepción pueden formularse con base en una antigua jurisprudencia de la que es un ejemplo la STPI as. *Martinelli* (T-150/89), de 6 de abril de 1995, apartado 59, en el sentido de que la anticipación por la Comisión de un cálculo detallado sobre la multa que puede recaer en un caso determinado, puede permitir a las empresas afectadas preparar su estrategia en el mercado, por razones estrictamente financieras, y en función de dichos cálculos.

En este punto, el deber de motivación opera también como técnica de control de la actividad del Juez, pues, para dejar sin efecto la multa impugnada, deberá justificar, con argumentos muy precisos, las razones por las que estima que procede la modificación de la Decisión. Con ello, reaparece nuevamente la idea de rechazo a la identificación de la competencia de plena jurisdicción con una suerte de Justicia del Cadí, a la ya hemos referencia, como sinónimo de puro arbitrio y subjetivismo judicial.

En estas circunstancias, no puede obviarse el hecho incuestionable, de que mientras la Comisión es la autoridad mejor situada para establecer una política global y general de la competencia, pues ante ella se plantean, en el tiempo en el que realmente se producen, todos los supuestos vinculados a esta disciplina, sean constitutivos de una violación de las leyes o no, los Tribunales, sólo conocen de la patología del derecho de la competencia, es decir, de los supuestos en los que se ha producido una infracción de la ley.

Además, este enjuiciamiento se realiza de forma diferida en el tiempo, a veces, como señala la jurisprudencia con retrasos inasumibles y, en todo caso, dentro de los estrechos márgenes que impone un proceso basado en el principio dispositivo, y en el marco de un sistema que impide al Juez pronunciarse sobre la existencia de la infracción misma.