

El Tribunal Supremo aclara los criterios aplicables para el cálculo de las multas de competencia

El Tribunal Supremo rechaza el método de cálculo de las multas por infracciones de derecho de la competencia recogido en la Comunicación de multas de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 ("**Comunicación**" y "**CNC**") y emplaza al legislador a modificar la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia ("**LDC**") para adecuar la necesaria finalidad disuasoria de las sanciones con el principio de proporcionalidad.

En su sentencia, el Tribunal Supremo establece que el 10% del volumen de negocios al que se refiere la LDC no constituye un "umbral de nivelación", sino el valor máximo de la escala de sanciones dentro de la cual deben calcularse las multas por infracciones muy graves de competencia.

Además, el Tribunal Supremo establece que el concepto de "volumen de negocios total" ha de referirse a la cifra global correspondiente al conjunto de actividades económicas de la empresa infractora y no únicamente al del ámbito de actividad concreto afectado por la infracción, como había venido interpretando la Audiencia Nacional desde marzo de 2013.

Puntos clave

- La sentencia rechaza el método de cálculo de la Comunicación por contravenir el principio de proporcionalidad, y emplaza al legislador a modificar la LDC para dotar de mayor predictibilidad al cálculo de las multas.
- Hasta que no se legisle a este respecto, las multas se calcularán únicamente sobre la base de los artículos 63 y 64 LDC, y a la luz del principio de proporcionalidad.
- El límite del 10% del volumen de negocios total no constituye un "umbral de nivelación", sino un techo o valor máximo a partir del cual han de calcularse hacia abajo las multas.
- Dicho volumen de negocios total deber referirse al global y no solo al de la actividad afectada por la infracción.
- Si bien reconoce el nivel desproporcionado de multas al que conducía la Comunicación, la sentencia reduce la seguridad jurídica respecto al método de cálculo de las multas.

Introducción

El Tribunal Supremo se ha manifestado por primera vez en su sentencia de 29 de enero de 2015, asunto *Transitarios 2*, respecto a la divergencia que existía entre la Audiencia Nacional (desde su sentencia de 6 de marzo de 2013 en uno de los asuntos *Vinos de Jerez*) y la autoridad de competencia española ("**CNMC**" o "**Autoridad**") respecto al cálculo de las multas por infracciones en materia de derecho de la competencia. Dicha divergencia se ha manifestado asimismo en el seno de la propia CNMC, como se deduce de las resoluciones contradictorias adoptadas durante el último año.

En concreto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre dos cuestiones relativas a la interpretación del artículo 61.3 LDC, que regula los límites máximos por sanciones de competencia: (i) el límite del 10% como "umbral de nivelación", o como cifra máxima del arco sancionador dentro del cual se ha de situar la multa por infracciones muy graves; y (ii) el alcance del concepto "volumen de negocios total", esto es, si corresponde al conjunto de actividades económicas de la empresa infractora, o únicamente al ámbito de actividad afectado por la infracción.

En la primera cuestión, relativa a la naturaleza del límite del 10%, el Tribunal Supremo ha mantenido la tesis defendida por la Audiencia Nacional desde *Vinos de Jerez*, rechazando el método para calcular el importe de la multa recogido en la Comunicación. En cambio, en la segunda cuestión, relacionada con el alcance del concepto "volumen de negocios total", se ha inclinado por avalar la postura adoptada por la Autoridad.

Al rechazar los criterios de la Comunicación, la sentencia del Tribunal Supremo plantea muchos interrogantes sobre la metodología correcta para el cálculo del importe de las multas de ahora en adelante. La modificación del Título V de la LDC parece, por tanto, una de las posibles alternativas para aportar cierta seguridad jurídica en este ámbito.

Análisis

El artículo 63.1 LDC establece que la Autoridad podrá sancionar las infracciones leves, graves o muy graves con multas de hasta el 1%, el 5% y el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora respectivamente.

Naturaleza del porcentaje del 10%

La primera cuestión controvertida se refiere al porcentaje del 10% relativo a las multas muy graves. La Autoridad, tal y como refleja la Comunicación, había interpretado que dicho porcentaje constituía un mero "umbral de nivelación". Es decir, la cuantificación de las sanciones se realizaba en dos fases. En la primera, se partía de un importe básico de la sanción, que se iba incrementando en función de la duración y otros factores concurrentes, sin establecerse un límite o cantidad máxima de multa en esta primera fase. En la segunda fase, una vez determinado el importe preliminar de la multa, se verificaba si dicho importe superaba o no el "umbral de nivelación", esto es, el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora. Si el importe preliminar se situaba por debajo del 10%, dicho importe preliminar se imponía como sanción final. Si, por el contrario, se superaba el umbral del 10%, el importe de la multa se limitaba al 10% del volumen de negocios total, lo que sucedía en la práctica en un buen número de casos.

A este respecto, el Tribunal Supremo reconoce que la interpretación del 10% como "umbral de nivelación" coincide con el método para calcular las multas de la Comisión Europea en sus procedimientos de infracción, refrendado por el Tribunal de Justicia. No obstante, la sentencia recuerda que los Estados miembros tienen autonomía en cuanto a sus procedimientos nacionales de infracción y sus sistemas de sanciones cuando aplican en su territorio las normas de competencia de la Unión Europea ("**UE**"), siempre y cuando respeten los principios generales de efectividad y equivalencia. Ello se debe a la falta de armonización del derecho europeo en materia de procedimientos y sanciones, incluso aunque se apliquen las normas sustantivas de la UE, en concreto los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE ("**TFUE**").

Así, el Tribunal Supremo entiende que el método recogido en la Comunicación puede suponer en muchos casos "*establecer un sesgo al alza de los importes de las multas*" contrario al principio de proporcionalidad. En la misma línea, considera que tal interpretación no es compatible ni con el espíritu del derecho punitivo español, ni con las garantías constitucionales.

Por todo ello, el Tribunal Supremo, al igual que la Audiencia Nacional, rechaza la interpretación del 10% como "umbral de nivelación" y señala que los porcentajes incluidos en el artículo 63.1 LDC constituyen niveles máximos de referencia a partir de los cuales, y atendiendo a los criterios recogidos en el artículo 64 LDC, deben calcularse "hacia abajo" el importe de las multas.

Concepto de volumen de negocios

La segunda cuestión se refiere al concepto de "volumen de negocios total" del artículo 61.3 LDC.

La Autoridad ha venido sosteniendo de forma mayoritaria que dicho concepto correspondía con el volumen de negocios de la empresa infractora en todas las actividades económicas que realice. Por el contrario, la Audiencia Nacional interpretó en *Vinos de Jerez* y sentencias posteriores que el volumen de negocios total al que deben aplicarse los porcentajes para calcular las multas se refería exclusivamente al volumen de negocios de la empresa en el ámbito de actividad en el que se ha producido la infracción.

En este punto, el Tribunal Supremo se ha alineado con la tesis defendida por la Autoridad y ha estimado que el concepto de "volumen de negocios total" debe incluir el obtenido en todas las actividades económicas que realice la empresa infractora.

Sin embargo, el Tribunal Supremo recalca que, en virtud del principio de proporcionalidad, el volumen de negocios de la empresa en el sector afectado por la infracción es relevante en todo caso a la hora de individualizar la multa, pero no para el cálculo del importe máximo que podría alcanzar.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Supremo emplaza a la CNMC a recalcular la multa impuesta a la empresa recurrente siguiendo la interpretación que la sentencia hace de los artículos 63 y 64 LDC.

Una vez abordadas las dos cuestiones centrales, el Tribunal Supremo sugiere al legislador una modificación parcial de la LDC con el fin de dotar de mayor predictibilidad a la imposición de las sanciones.

Por último, la sentencia se pronuncia sobre la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia. En este punto, el Tribunal Supremo recalca que, si bien es cierto que las multas funcionan como elemento disuasorio para evitar infracciones de competencia, dicha finalidad disuasoria debe respetar el principio de proporcionalidad. Así, el Tribunal Supremo recuerda que existen otros mecanismos adicionales para incrementar el nivel de disuasión, como la aplicación privada del derecho de la competencia o las sanciones a los directivos de las empresas infractoras, de acuerdo con el artículo 63.2 LDC.

Comentario

La sentencia apunta que el método para el cálculo de las multas de la Comunicación plantea problemas en relación con el respeto del principio de proporcionalidad, advirtiendo que dicho método ha podido conducir a multas excesivas.

No obstante, la consecuencia inmediata de la sentencia no va a ser necesariamente una reducción general a futuro del nivel de multas de la Autoridad – salvo quizás para las empresas que tienen recursos pendientes ante las instancias judiciales frente a resoluciones que hayan aplicado la Comunicación –, sino en realidad la ausencia de predictibilidad en el cálculo de las multas que imponga la Autoridad en el futuro.

Así, hasta que no se modifique la LDC, el cálculo de las multas se realizará exclusivamente sobre la base del principio de proporcionalidad y de los artículos 63 y 64 LDC, que únicamente establecen las escalas de las multas y criterios ciertamente vagos para su cálculo, pero que no aportan un método concreto para determinar el importe de la multa.

Por otra parte, en lo relativo a los recursos pendientes referidos, de la sentencia se deduce que, probablemente, el Tribunal Supremo ordenará a la CNMC que calcule de nuevo el importe de las multas en aquellas resoluciones, recurridas ante las instancias judiciales, en las que se haya aplicado la Comunicación. Cabría interpretar que, en virtud del principio de prohibición de la *reformatio in peius*, la CNMC no sobrepasará el importe de las multas inicialmente impuestas en el nuevo cálculo que realice en ejecución de sentencia. En este sentido, parecería razonable que las multas de los recursos en curso que deba recalcular la CNMC se reduzcan como consecuencia del "sesgo al alza" que el Tribunal Supremo atribuye a la

Comunicación. En cualquier caso, como se ha indicado, la sentencia no asegura que las multas a futuro vayan a reducirse necesariamente, ya que el límite máximo del 10% del volumen de negocios total sigue siendo el mismo.

Por último, el Tribunal Supremo subraya de forma rotunda la autonomía de los Estados miembros en cuanto a los procedimientos y sanciones que utilizan al aplicar los artículos 101 y 102 TFUE, siempre y cuando se respeten los principios generales de efectividad y equivalencia. Ello parece relevante, entre otras, en cuestiones tales como si el derecho al secreto de las comunicaciones abogado-cliente (en particular, en las inspecciones de competencia de la Autoridad) ha de extenderse a los abogados internos de las empresas, o si es realmente trasladable la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este punto por el mero hecho de aplicarse derecho sustantivo europeo.

Contactos

Clifford Chance, S.L.

Paseo de la Castellana, 110
28046 Madrid
T: +34 91 590 7500

Miguel Odriozola

Socio
Derecho de la Competencia y de la UE
E: Miguel.Odriozola
@cliffordchance.com

Juan José Lavilla

Socio
Derecho Administrativo y Regulatorio
E: JuanJose.Lavilla
@cliffordchance.com

Carlos Végez

Abogado sénior
Derecho de la Competencia y de la UE
E: Carlos.Vergez
@cliffordchance.com

Esta publicación no trata necesariamente cada tema importante ni cubre todos los aspectos de los temas sobre los que trata, no estando diseñada para prestar asesoramiento legal o de otro tipo.

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, España
© Clifford Chance 2015
Clifford Chance S.L.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association con Clifford Chance.