

EL CÁLCULO DE LAS SANCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SEGÚN LA RECIENTE DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

El cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia según la reciente doctrina de la Audiencia Nacional

En un grupo de sentencias dictadas en el mes de marzo de 2013, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha establecido la siguiente doctrina sobre el cálculo de las sanciones previstas para las infracciones muy graves en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: 1) las multas han de calcularse sobre un tope máximo del 10% del volumen de negocios obtenidos por el infractor en el ejercicio inmediato anterior; y 2) el volumen de negocios sobre el que debe aplicarse el porcentaje del 10% es el del ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción. Se trata de una doctrina que rectifica los criterios que había venido aplicando la Comisión Nacional de la Competencia. Dada la relevancia de la cuestión, la Comisión Nacional de la Competencia ha impugnado esta doctrina ante el Tribunal Supremo, quien aún no se ha pronunciado sobre la cuestión.

Calculating fines for competition law infringements according to the recent case law of the Spanish National High Court (Audiencia Nacional)

In a set of judgments issued in March 2013, the Contentious-Administrative Chamber of the National High Court (Audiencia Nacional) established the following case law for calculating fines for very serious infringements as laid down in Competition Law 15/2007 of 3 July: 1) the fines must be calculated over a maximum of 10% of the infringer's turnover in the preceding financial year; and 2) the 10% must be applied to the turnover of the market that is directly or indirectly affected by the infringement. This case law rectifies the National Competition Commission's (Comisión Nacional de la Competencia) criteria. Given the importance of this issue, the National Competition Commission has challenged these judgments before the Supreme Court, which has yet to issue its judgment.

Introducción

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

La doctrina de estas sentencias ha adquirido cierta notoriedad por suponer una rectificación importante de los criterios que ha estado aplicando la CNC para calcular las multas previstas en el artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»). Sintéticamente, se resume en dos ideas:

(i) Con arreglo al artículo 63.1.c) de la LDC, las sanciones que la CNC puede imponer por la comisión de infracciones muy graves tienen

como límite máximo el 10% del volumen de negocios del infractor obtenido en el ejercicio anterior. Este límite define un arco sancionador, de modo que la sanción debe situarse en un porcentaje de entre 0 y 10 en función de la gravedad de la conducta.

Aun cuando se trate de una doctrina surgida en el ámbito de las infracciones muy graves, tal y como está formulada sería de aplicación también a las infracciones graves y leves, en las que los porcentajes que operarían como límites máximos son, respectivamente, del 5% y el 1%. Expresamente lo declara así la sentencia de 6 de marzo de 2013, iniciadora de esta doctrina.

(ii) El volumen de negocios sobre el que debe aplicarse el porcentaje de que se trate ha de ser el del ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, con exclusión de los ingresos obtenidos en otros mercados o ramas de actividad.

Debido al carácter reciente de las sentencias que la incorporan, aún no ha existido ocasión para que el Tribunal Supremo se pronuncie al respecto en vía de recurso de casación.

A continuación se exponen las razones tenidas en cuenta por la Audiencia Nacional y los puntos de controversia que ha puesto de relieve el voto particular discrepante.

La naturaleza del porcentaje del volumen de negocios como límite máximo que define un arco sancionador en el que ha de operar el principio de proporcionalidad

El artículo 63.1.c) de la LDC dispone que, por la comisión de infracciones muy graves, podrá imponerse la siguiente sanción: «*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*». Y, en relación con ese precepto, la reciente doctrina de la Audiencia Nacional declara, como se ha visto, que el 10% del volumen de negocios define un arco sancionador sobre el que opera el principio de proporcionalidad.

Para comprender la relevancia que tiene el primero de los puntos de esta doctrina se hace necesario recordar la *Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre cuantificación de las sanciones derivadas de las infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (cfr. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de febrero de 2009). Con arreglo a los criterios de esta Comunicación, la CNC calcula las sanciones a partir de la determinación del denominado «*importe básico de la sanción*». Dicho importe se calcula, entre otros factores, mediante la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados donde haya producido efectos la infracción, durante el tiempo en el que la infracción haya tenido lugar. Sobre esa suma ponderada se aplican unos porcentajes de modo que, en función de la gravedad de la infracción, esta se situará entre un 10 y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción, considerando todos los años de duración de la conducta ilícita. Sobre el importe básico de la sanción se aplican determinados ajustes en función de la concurrencia de atenuantes o agravantes hasta obtener el importe definitivo de la sanción.

Este es un método inspirado en los criterios aplicados por la Comisión Europea y que se encuentran actualmente en las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) n.º 1/2003* (cfr. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 1 de septiembre de 2006).

Pues bien, como consecuencia de ese método de cálculo puede suceder que se supere el umbral previsto en el artículo 63 de la LDC. En tal caso, la Comunicación sobre el cálculo de multas de la CNC, al igual que las Directrices de la Comisión,

dispone que la sanción se sitúe en ese límite máximo.

La naturaleza de ese límite máximo tal y como ha sido entendida en el ámbito del Derecho de la Unión Europea no es, conforme a este método de cálculo, la de un tope que define el arco sancionador donde debe jugar el principio de proporcionalidad. Esto es, tal límite máximo no definiría la sanción correspondiente a la infracción más grave posible, de modo que a conductas menos graves correspondiese una sanción inferior dentro de tal arco sancionador. Según la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012 (asunto T-352/09, *Novácke/Comisión*), que se refiere a la norma europea aplicable, se trata «*más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de ese límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios [...]*».

Conviene apuntar que los principios tradicionalmente aplicados en el Derecho administrativo sancionador español no se acomodan bien a esta identificación del límite máximo previsto por una norma como un «*umbral de nivelación*», que atemperaría la sanción resultante de la aplicación de ciertos criterios administrativos a la capacidad económica del infractor. La jurisprudencia contencioso-administrativa suele ver en los límites máximos de las normas sancionadoras la determinación de un arco sancionador en el que se establece una jerarquía de sanciones vinculadas al principio de proporcionalidad. A las conductas más graves concebibles corresponderá la máxima sanción posible y, en comparación con esa conducta más grave concebible, corresponderá a las demás infracciones una sanción inferior. De esta idea surge la tradicional división del arco sancionador previsto por la norma en tres tercios que definen los grados máximo, medio y mínimo en los que habrá de situarse la sanción correspondiente (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1986, ref. Aranzadi RJ 1986\6612; o como ejemplo práctico de esa división en tres tramos, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de enero de 1998, rec. n.º 11/1996, FJ 2.º *in fine*).

La sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2013 (rec. n.º 619/2010), que inicia la doctrina posteriormente aplicada en los demás casos, aborda directamente este posible conflicto de con-

cepciones acerca del significado que debe tener el límite máximo previsto, en este caso, por la LDC. Esto es, la sentencia de 6 de marzo de 2013 cita en su fundamentación jurídica la sentencia del Tribunal General que considera el límite máximo previsto en la norma europea como un «*umbral de nivelación*», y confronta esa tesis con la configuración del límite máximo de la LDC con la que resulta del Derecho administrativo sancionador general, es decir, con la configuración de tal límite como determinante de un arco sancionador en el que opera el principio de proporcionalidad.

La Audiencia Nacional se decanta por la segunda posibilidad esencialmente por dos razones. Por un lado, se recuerda la tradicional jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de tipicidad en materia sancionadora derivado del artículo 25.1 de la Constitución y que impone la exigencia de predeterminación normativa de las sanciones que puedan corresponder a la comisión de conductas ilícitas. Por otro lado, se parte de la distinción institucional entre la Comisión Europea y la CNC, en atención a que la Comisión Europea tiene atribuida iniciativa legislativa y puede adoptar, por delegación, actos no legislativos de desarrollo de actos legislativos. La Audiencia Nacional parece considerar, así, que las Directrices de la Comisión ocupan en el ordenamiento europeo una posición institucional de naturaleza diferente a la Comunicación de la CNC.

Y, con base en todo ello, en la sentencia de 6 de marzo de 2013, se concluye que «*los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, pueden alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina «cuadro de las existentes»*». La Audiencia Nacional reconoce de este modo la potestad de la CNC para graduar las sanciones, siempre que tal graduación se haga dentro del «*cuadro de las existentes*», lo cual sería incompatible con la concepción del límite máximo legal como un mero «*umbral de nivelación*», que moderaría los resultados de la aplicación de criterios administrativos. O lo que es lo mismo, la Audiencia Nacional afirma que los criterios administrativos —como son los que se encuentran en la Comunicación de la CNC— deben aplicarse dentro del arco sancionador definido por el legislador y no fuera de él.

De todo ello la sentencia de 6 de marzo de 2013 extrae como conclusión que «*Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes,*

valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007».

Esta apreciación de la Audiencia Nacional, y sin perjuicio de lo que más adelante pueda establecer el Tribunal Supremo, resulta muy similar a la que hizo en relación con la legislación de defensa de la competencia de 1989 cuando se planteó la posible inconstitucionalidad de un precepto prácticamente idéntico al artículo 63 de la LDC. En la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 (rec. n.º 9710/1997) se descartó que el entonces artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia fuese contrario al artículo 25.1 de la Constitución:

«Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio artículo 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso».

En otras palabras, la doctrina de la Audiencia Nacional sobre la consideración del límite máximo del artículo 63 de la LDC como definitorio de un «*arco sancionador*» se encontraría en línea con esa idea de que la proporcionalidad opera sobre la escala sancionadora así definida, en virtud de los factores hoy contemplados en el artículo 64 de la LDC: «*a mayor intensidad de la restricción de la competencia [...] mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos*» que hoy fija el artículo 63 de la LDC.

De este modo, el 10% del volumen de negocios obtenido en el ejercicio anterior a la imposición de la sanción se convierte en el límite máximo de la multa, quedando definido con él el arco sancionador en el que ha de aplicarse el principio de proporcionalidad y graduarse la concreta sanción por parte de la CNC por referencia a los factores previstos por el artículo 64 de la LDC. No se trata de que se desplacen criterios tales como la duración y el mercado afectado en la operación de cuantificación, sino que han de aplicarse dentro del cuadro definido por el legislador, al igual que sucede, con carácter general, con los criterios que, por ejemplo, establece el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La consideración de que el «volumen de negocios total» sobre el que debe aplicarse el porcentaje correspondiente se refiere al mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, con exclusión de otras ramas de actividad de la empresa sancionada

El segundo punto de la doctrina de la Audiencia Nacional se refiere a la exégesis de la expresión «*volumen de negocios total*» que determinaría la base sobre la cual aplicar el porcentaje que corresponda (10% para las infracciones muy graves, 5% para las infracciones graves y 1% para las infracciones leves).

La conclusión a la que llega la sentencia de 6 de marzo de 2013 es, como se ha visto, la de que «*el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción*».

Esta interpretación la sustenta la sentencia de 6 de marzo de 2013 en un triple criterio. En primer lugar, se invoca el principio de proporcionalidad, para estimar que sería incompatible con él extender los efectos punitivos de la sanción a aquellas actividades que serían ajenas al ámbito de la infracción. En segundo lugar, se cita la finalidad de la norma, para estimar que la legislación de la competencia pretende reprimir las conductas restrictivas en aquellos mercados donde se producen. Por último, en estrecha conexión con lo anterior, se menciona que el bien jurídico protegido o «*parámetro de protección*» es el sector afectado por la conducta.

En suma, la Audiencia Nacional toma en consideración lo que podría considerarse como la finalidad concreta que se encuentra implícita en la definición de las sanciones mediante un porcentaje de ingresos, que resulta característica —aunque no privativa— de la legislación de defensa de la competencia. Para la Audiencia Nacional, la legislación de defensa de la competencia pretendería extraer la sanción de aquellos sectores de la actividad donde los ingresos del infractor estuvieran de algún modo influidos por la comisión de una conducta restrictiva. Según esta idea, hacer recaer el reproche sancionador sobre ingresos que procederían de com-

portamientos lícitos en otros mercados o sectores, iría más allá de las finalidades propias del Derecho sancionador, dando lugar a un resultado desproporcionado. Esta desproporción vendría constituida por el hecho de que el carácter afflictivo que resulta inherente a cualquier sanción dejaría sentir sus efectos en esferas alejadas del ámbito de protección de la norma, pues afectaría a ingresos obtenidos por la empresa conforme al juego normal de la competencia en esos otros mercados.

La crítica que se vierte en el voto particular discrepante de la sentencia de 6 de marzo de 2013, y las que a ella siguen, toma como punto de partida una interpretación literal de la expresión «*volumen de ventas total*», que no distinguiría entre ramas o mercados afectados. Además, en apoyo de esa interpretación literal, se asume la concepción del límite máximo legal como «*umbral de nivelación*» que reduce a él la sanción cuando se supere tal límite como consecuencia de la aplicación de la metodología contenida en la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de multas. Así, para el voto particular, el principio de proporcionalidad se respetaría por el hecho de que la gravedad y la duración dan lugar a distintos importes de la sanción en función del mercado afectado, sin perjuicio de que opere el umbral de nivelación cuando se obtengan cantidades superiores. La concepción del límite legal como «*umbral de nivelación*» se encuentra de este modo estrechamente vinculada al acogimiento de una interpretación literal del concepto «*volumen de negocios total*» del ejercicio inmediato anterior que haya obtenido la empresa. Y ello porque, en esta concepción, dicho límite ya no tiene una relación directa con la finalidad punitiva de la multa, sino con la capacidad económica de la empresa para hacer frente a la sanción en un momento próximo al pago —el ejercicio inmediato anterior—. Al vincularse la finalidad del límite máximo a una definición de la capacidad económica para el pago de la sanción, adquiriría sentido esa interpretación literal de la expresión «*volumen de negocios total*».

En suma, el conflicto interpretativo entre la posición mayoritaria de la Audiencia Nacional y el voto particular se reconduce en último término la definición de la naturaleza del límite máximo: si estamos ante un límite que configura un arco sancionador o ante un mero factor de moderación que adecúe la sanción calculada por la Administración a la capacidad económica de la empresa.

Ha de advertirse que el voto particular, siguiendo en este punto la doctrina del Tribunal General de la

Unión Europea, es consciente de que esta concepción estricta del límite legal como mero «*umbral de nivelación*» podría llevar a resultados contrarios al principio de proporcionalidad y de individualización de las sanciones. Tal situación se produciría allí donde el cálculo de las sanciones según la Comunicación de la CNC produjera que, por ejemplo, todos los participantes en un cártel recibieran proporcionalmente la misma sanción, con independencia de que su intervención en el cártel sea distinta o tenga mayor o menor duración. Para esos supuestos, el voto particular prevé que entrasen en juego las potestades de apreciación del tribunal con el fin de que cada sanción fuese adecuada a la gravedad concreta de las conductas. Es decir, se admite que, en último término, habría de superarse tal estricta consideración del límite máximo como factor de moderación para realizar una correcta individualización de la sanción en función de una jerarquía de sanciones conforme a la gravedad apreciada.

Conclusión

La doctrina de la Audiencia Nacional sobre el cálculo de las sanciones previstas en la LDC de 2007 parece buscar la aplicación a la LDC de los principios generales del Derecho administrativo sancionador, alineando la legislación de la competencia a la exégesis aplicada a otras normas sancionadoras de nuestro ordenamiento jurídico. Esto es, para la posición mayoritaria de la Audiencia Nacional el artículo 25.1 de la Constitución no se compadece con una interpretación que tome los límites máximos del artículo 63 de la LDC como factores de moderación de los resultados que procedan de la aplicación de criterios administrativos. No obstante, habrá de ser finalmente el Tribunal Supremo quien, eventualmente, establezca la jurisprudencia aplicable en una materia de tanta relevancia para la defensa de la competencia como es la cuantificación de las sanciones vinculadas a la comisión de infracciones de la LDC.

MANUEL VÉLEZ FRAGA*

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez.