

1. Introducción

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) fue creada en octubre de 2013, heredando de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) la obligación de hacer cumplir la legislación de competencia. Uno de sus problemas más graves por lo que se refiere a defensa de la competencia es la interpretación divergente de los preceptos legales en materia de multas que aparece en algunas sentencias de la Audiencia Nacional desde marzo de 2013. Para mayor complicación, tanto las resoluciones de la CNMC como las sentencias de los tribunales nacionales incluyen votos particulares. Siempre que ha sido posible, la CNMC ha recurrido las sentencias de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo, aunque la decisión definitiva aún está pendiente.

En consonancia con la legislación y jurisprudencia europeas, la CNMC considera que la legislación española establece, como límite máximo para las multas por comportamiento anticompetitivo, un porcentaje de la facturación total de la empresa, y que este límite es un umbral de nivelación para evitar multas potencialmente excesivas; por el contrario, la Audiencia Nacional ha interpretado recientemente este límite como el extremo superior de un intervalo sancionador, que además solo es aplicable al volumen de negocios correspondiente al mercado afectado por la infracción en el año inmediatamente anterior a la multa. Este trabajo se propone analizar, desde una perspectiva económica, esta nueva interpretación realizada por la Audiencia Nacional, de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC). La última parte del artículo está dedicada a examinar los efectos de esta nueva jurisprudencia sobre el nivel de disuasión de las sanciones impuestas por conductas contrarias a la competencia, teniendo en cuenta los problemas que unas multas insuficientes pueden suponer para el éxito de la política de competencia.

2. El sistema de sanciones en la legislación de competencia española

Las multas se tratan en la sección V de la LDC. El artículo 62 clasifica y describe tres tipos de infracciones diferentes: leves, graves y muy graves. A los efectos de este trabajo, nos vamos a centrar en el artículo 63, sobre multas, y en el artículo 64, sobre los criterios para la determinación de las sanciones.

El artículo 63 establece que la autoridad de competencia puede imponer a las empresas y asociaciones de empresas, multas de hasta el 1%, 5% o 10% “*del volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*”, cuando las infracciones son, respectivamente, leves, graves o muy graves. Por su parte, el artículo 64.1 establece algunos criterios específicos que deben tenerse en cuenta al determinar el importe de la multa: primero el tamaño y otras características del mercado afectado, y luego otros criterios como la cuota de mercado y los beneficios ilícitos obtenidos por la empresa que participa en la infracción, el alcance, la duración, y las consecuencias de la infracción, así como la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes. Los apartados 2 y 3 del artículo 64 proporcionan, respectivamente, algunos ejemplos de circunstancias agravantes (infracción reiterada, condición de instigador, etc.) y atenuantes (el cese de la infracción, plena cooperación con la autoridad de competencia, etc.). Por cierto, conviene señalar, para su uso posterior en este trabajo, que no se hace referencia alguna al término "mercado" en el artículo 63.1, tan solo en el artículo 64.1.

La LDC sigue deliberadamente la tendencia marcada por la legislación europea de competencia, como puede verse en su Exposición de motivos. Más en concreto, la LDC sigue el modelo del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, y esto también es cierto para las disposiciones sobre multas, aunque con algunas diferencias. Por un lado, el artículo 23,1-2 del Reglamento contiene sólo dos categorías de infracciones, y en consecuencia establece dos límites máximos a las multas (1%, 10%), lo que permite a la Comisión Europea (CE) más discrecionalidad en las sanciones por conductas anticompetitivas. Por otra parte, los criterios para determinar la cuantía de las multas que aparecen en el artículo 23.3 del Reglamento son bastante sucintos ("*deberán tomarse en consideración tanto la gravedad como la duración de la infracción*") si se comparan con los del artículo 64 de la LDC española. Sin embargo, la estructura del sistema de sanciones es la misma tanto en la autoridad de competencia europea como en la española: el importe de la multa será calculado por la autoridad de competencia teniendo en cuenta diferentes criterios, pero el importe de la multa nunca deberá superar el máximo legal del 10% del volumen total de negocio de la empresa infractora, en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa: se trata de una medida de la capacidad de pago de la empresa, a fin de no poner en peligro su supervivencia. Y en ambos casos, se hace hincapié en la importancia crucial que la disuasión tiene a la hora de aplicar la legislación de defensa de la competencia.

Las similitudes no terminan ahí. Las Directrices de la CE en materia de multas se publicaron en 2006 para hacer más transparente el proceso de fijación de las sanciones. Las Directrices también proporcionan algunas sugerencias sobre el cálculo de multas dirigidas a las autoridades de competencia nacionales, con el fin de alcanzar el necesario grado de convergencia en toda Europa. La Autoridad de Competencia española en aquel momento (la CNC) publicó en 2009 una Comunicación sobre multas siguiendo de cerca las Directrices de la CE. Su objetivo era explicitar con carácter general cómo iban a fijarse las sanciones de acuerdo con lo previsto en los artículos 63 y 64 de la LDC. Si en ciertos casos la autoridad de competencia considerara que debía desviarse de esta Comunicación sobre multas, con frecuencia por motivos de proporcionalidad, debería motivar su cambio de criterio. Tras un periodo inicial en el que no se aplicó de manera sistemática, la CNMC utiliza ahora con regularidad esta Comunicación como una referencia explícita en sus decisiones.

La Comunicación de 2009 no es el único procedimiento posible para el cálculo de multas (otras directrices también podrían ser compatibles con la LDC), y siempre existe margen de mejora. Por ejemplo, la Comunicación de 2009 debería adecuarse mejor a algunos casos particulares, especialmente cuando se trata de empresas de un solo producto, o cuando las infracciones son menos graves. Además, podría flexibilizarse para que pueda adaptarse mejor a las diversas conductas anticompetitivas.

En cualquier caso, la Comunicación sugiere tres pasos para fijar el importe de la multa. El primero es la determinación del importe básico de la sanción como una proporción del volumen de negocio en el mercado afectado por la infracción (VMA). Esta proporción (10-30%) se ajustará en función de los cinco primeros criterios del artículo 64.1 (a-e) de la LDC, aunque la duración de la infracción (criterio d) recibe una consideración aparte. Cuando la duración de la infracción sea superior a un año, el volumen de negocio relevante se calcula como la suma ponderada del VMA en cada uno de los años de la infracción, con un coeficiente de ponderación que otorga más peso a los años más próximos al último en que se produjo la infracción, y menos a los más alejados en el tiempo. En la segunda etapa, el importe básico se ajusta de acuerdo con la presencia de circunstancias agravantes y atenuantes (artículos 64.1 g, 64.2-3 de la LDC). El último paso es comprobar que el importe de la multa no supera los límites establecidos por el artículo 63 de la LDC (por ejemplo, el 10% de la facturación total del año inmediatamente anterior a la multa si se trata de infracciones muy graves), reduciendo la multa si fuese necesario; también se sugiere ajustar la multa, cuando sea posible, para tomar en consideración las ganancias ilícitas de la empresa infractora (artículo 64.1 f de la LDC).

Para hacer más claro el funcionamiento de la Comunicación sobre multas voy a utilizar un sencillo ejemplo numérico que también será útil más adelante. Imaginemos que se trata de una infracción muy grave, de cuatro años de duración, que terminó en 2012. La multa correspondiente se impuso en 2014, sin que existieran circunstancias agravantes o atenuantes. La Tabla 1 muestra el volumen de negocio de la empresa afectado por la infracción (VMA), y el volumen de negocio total de la empresa (VT) en 2013, el año inmediatamente anterior a la multa.

Tabla 1. Ejemplo numérico de la Comunicación sobre multas

€	2009	2010	2011	2012	VTMA	VMA 2013	VT 2013
VMA	130.000	125.000	115.000	130.000	500.000	150.000	5.000.000
	Ponderación temporal				Proporción		Límite
	0,25	0,5	0,75	1	20%		10%
VMA ponderado	32.500	62.500	86.250	130.000	311.250		
					Basic fine		Max. fine
Importe básico de la sanción y multas máximas					62.250		500.000
Multa impuesta							62.250

En primer lugar, el importe básico de la sanción se determina como un porcentaje (20% en este caso, teniendo en cuenta que es una infracción grave) del volumen de negocio total afectado por la infracción (VTMA). La tabla también muestra los pesos relativos decrecientes de cada año adicional a los que hace referencia la Comunicación. Por tanto, el importe básico de la sanción es 62.250 €. Como no hay circunstancias agravantes o atenuantes, no hay necesidad de nuevos ajustes, por lo que el siguiente paso es comparar ese importe con el límite legal máximo de la multa. Dado que en este caso la multa está muy por debajo del 10% del total de facturación en 2013 (500.000 €), no sería necesario reducirla, y el importe básico se convertiría en la multa definitiva.

3. La nueva jurisprudencia de la Audiencia Nacional

A partir de la Sentencia 03/06/2013 (Bodegas Emilio Lustau, parte del expediente más amplio S/0091/08 "Vinos de Jerez"), la Audiencia Nacional ha cambiado su tradicional interpretación del artículo 63 de la LDC en varios puntos, dos más evidentes y otro menos obvio:

- a. El máximo legal del 10% establecido en el artículo 63.1 para las sanciones por infracciones muy graves debe ser interpretado como un *límite superior de un intervalo sancionador* sobre la base del principio de legalidad, es decir, debe ser la multa que se aplica a las peores infracciones posibles. De acuerdo con esta nueva interpretación, este límite no debe ser considerado un tope o un umbral de nivelación diseñado para evitar la desaparición de la empresa.
- b. El "volumen de negocio total" del artículo 63.1 debe entenderse –apartándose claramente de su sentido literal– como "volumen de negocio total *del mercado afectado* por la infracción" para así garantizar la *proporcionalidad de las multas*.