

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero del 2015: los porcentajes sobre el volumen de negocios del artículo 63.1 LDC son la cifra máxima de las multas de defensa de la competencia, pero se calculan sobre todas las actividades de la empresa infractora

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero del 2015 (n.º de recurso 2872/2015) versa sobre la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), para la fijación de las multas.

La sentencia estima parcialmente el recurso de casación formulado por el abogado del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio del 2013 y podría calificarse de «sentencia de ida y vuelta» porque la interpretación que realiza del referido precepto en su primera parte (en su pronunciamiento desestimatorio) se ve desvirtuada por la que aplica en su segunda parte (en su pronunciamiento de estimación parcial), en los términos que pasamos a exponer.

Conforme al precepto controvertido, los órganos competentes podrán imponer a los sujetos infractores de lo dispuesto en la ley sanciones que se calculan sobre el «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa»: «multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa para las infracciones leves, de hasta el 5 por ciento en las infracciones graves, y de hasta el 10 por ciento en las muy graves».

Pues bien, la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, reiterando el criterio que ya había mantenido en otros pronunciamientos precedentes, interpreta —y el Tribunal Supremo confirma— que **el porcentaje del volumen de negocios a que se refiere el artículo 63.1 debe ser utilizado como cifra máxima del arco sancionador**

dentro del cual se ha de situar la multa en función de la gravedad de la infracción.

Con esta interpretación (recaída en relación con el límite del 10 por ciento aplicable a las multas por infracciones muy graves que eran las objeto del recurso, pero extensible a las graves y leves), la Audiencia Nacional corrige, como en otras sentencias anteriores, el criterio aplicado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (y anteriormente por la Comisión Nacional de la Competencia —CNC—), que venía interpretando que dicho porcentaje no había de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones, sino como un factor de moderación *a posteriori*, una vez calculadas éstas. Esta interpretación queda reflejada en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia, de 6 de febrero del 2009, relativa a la cuantificación de las sanciones.

El Tribunal Supremo —confirmando en este punto la sentencia de la Audiencia Nacional— considera que este método de cálculo de las multas, aunque es el que se utiliza en el ámbito del Derecho europeo por aplicación del Reglamento CEE 1/2003, del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (confirmado por la jurisprudencia del TJUE), no resulta aplicable al derecho nacional.

Ello es así porque, si bien la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales, no ocurre lo mismo con la imposición de las multas sancionadoras, que se rige por el Derecho nacional como expresamente resulta del artículo 5 del

Reglamento CEE 1/2003. La sentencia del Tribunal Supremo cita, además, la propia interpretación que de este precepto hace la Comisión Europea [en su Comunicación del 2014 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) n.º 1/2003: logros y perspectivas futuras» (documento COM/2014/0453 final)].

La interpretación de la naturaleza del límite del 10 por ciento de la sanción del artículo 63.1 ha de hacerse, por tanto, conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, la sentencia de la Audiencia Nacional, tras exponer la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) relativa a las exigencias derivadas del principio de reserva de ley en la predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones, concluye lo siguiente: «Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10 por ciento del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de *lex certa* y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC».

El Tribunal Supremo confirma esta interpretación y declara que «el artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto “umbral de nivelación” sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa».

Sin embargo, esta interpretación de los porcentajes fijados por el artículo 63.2 LDC como cifras máximas establecidas para garantizar el principio de certeza o taxatividad se ve contradicha por el siguiente pronunciamiento de la sentencia, que estima parcialmente el recurso por entender, en contra de lo sentenciado por la Audiencia Nacional, que

el volumen de negocios sobre el que se aplican los porcentajes del artículo 63.1 LDC lo es en todas las actividades económicas de la empresa infractora, tengan o no relación con la infracción.

La sentencia de la Audiencia Nacional recurrida consideró que el volumen de negocios había de venir referido «al ámbito de actividad económica en el que se ha producido la infracción» y lo argumentó por aplicación del principio de proporcionalidad, de la finalidad de la norma (que «consiste en la represión de las conductas contrarias a la libre competencia en el ámbito donde se produzcan») y por el hecho de que «el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia». Sobre esta interpretación, la magistrada doña Lucía Acín Aguado formuló un voto particular discrepante.

La sentencia del Tribunal Supremo acoge la interpretación del voto particular y estima parcialmente el recurso de casación. Para ello, se apoya fundamentalmente en una interpretación auténtica del precepto, por entender que «cuando el legislador del 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la ley anterior [...], lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen»¹.

Con ello, la cifra o «tope máximo» de la multa que se ha de imponer que —según decía la propia sentencia— constituye el porcentaje fijado por el artículo 63.1 LDC se desvirtúa por cuanto puede llegar a ampliarse notablemente, sin guardar ninguna relación con la infracción cometida, cuando se trata de empresas con varias actividades o ámbitos de actuación.

Volvemos pues al punto de partida, a la determinación del importe básico de la sanción, en el que sí se ha de tener en cuenta —como destaca la sentencia— la cifra de volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta. En efecto,

¹ En el voto particular a la sentencia de la Audiencia Nacional se explica, en este sentido, como al incluirse este adjetivo se trataba de rechazar las propuestas de modificación (llevadas a cabo por algunos despachos de abogados consultados para el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia) que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las efectuadas en el mercado afectado por la infracción.

el artículo 64.1 LDC incluye, entre los criterios a los que hay que atender para fijar la multa, el de «la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables» en el sector o mercado afectado por la infracción, así como las características de este mercado.

Con ello, a juicio del Tribunal Supremo, se permite atender a las exigencias del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción en el caso de las empresas multiproducto, pero lo cierto es que a estas empresas se les va a aplicar un arco sancionador muchísimo más amplio que a las dedicadas a un solo sector de actividad (lo que favorecerá la creación de filiales para evitar el riesgo sancionatorio).

De esta forma, el porcentaje sobre el volumen «total» de la cifra de negocios dispuesto por el artículo 63.1 LDC deja de operar como una cifra o tope máximo de la sanción establecido para atender al principio de certeza o taxatividad de la potestad sancionadora —como se afirmaba en la primera parte de la sentencia— y se convierte en lo que significa su equivalente del Reglamento 1/2003, en palabras del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE): «un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad» (Sentencia del TGUE de 16 de junio del 2011 —caso Putters International/Comisión—, citada por el voto particular a la sentencia de la Audiencia Nacional).

Se trata, dicho de modo más simple, de tener en cuenta la situación de la empresa para hacer frente al pago de la multa, pero no de determinar los importes máximos de las multas con carácter general.

La propia sentencia es consciente de la contradicción en la que incurre y de la afeción que ello supone a los principios de proporcionalidad (como destacaba la sentencia de la Audiencia Nacional, «tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida») y de

predictibilidad en la imposición de sanciones pecuniarias, por lo que apela «a quien tiene la competencia para ello» (el legislador) para que valore «si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia».

En la interpretación por la que se decanta, no sin muchas dudas, el Tribunal Supremo, late el temor a que, de fijarse un tope máximo de las sanciones en función de la cifra de negocios en el sector o mercado afectado por la infracción «en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa», se viera perjudicada la eficacia disuasoria de la sanción por la posibilidad de las empresas de dejar de operar en dicho sector tan pronto como se inicie un expediente sancionador. Así se señalaba en el voto particular a la sentencia de la Audiencia Nacional, que subrayaba que el plazo desde que se abre un expediente hasta que se dicta una resolución es de dieciocho meses.

Bastaría, por tanto, con que el legislador limitase expresamente el volumen de negocios sobre el que se aplican los porcentajes del artículo 63.1 LDC al sector o mercado específico donde se haya producido la conducta, pero al mismo tiempo lo refiriese al periodo durante el cual se haya cometido la sanción, para que este precepto pudiese operar como un tope o límite máximo de las multas aplicables, como lo exige el principio de proporcionalidad, sin dejar por ello de atender a las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones de defensa de la competencia.

Entre tanto, es de prever que se publique una nueva comunicación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia relativa a la cuantificación de las sanciones, que podrán alcanzar cifras mucho más altas a las hasta ahora aplicadas cuando se trate de empresas multiproducto, al calcularse el volumen de negocios sobre el que se aplican los porcentajes del artículo 63.1 LDC sobre todas las actividades económicas de la empresa infractora, tengan o no relación con la infracción cometida.