

Las *Guidelines* del Bundeskartellamt como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015

Fernando Díez Estella, *Profesor de Derecho Mercantil del Centro U. Villanueva*
Javier García-Verdugo, *CNMC y Profesor Titular de Economía Aplicada de la UNED*

SUMARIO. I. Introducción. II. La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) La Sentencia de 29 de enero de 2015. B) El límite máximo del 10%. C) La cifra del “volumen de negocios total”. III. El “precedente”: el Auto del Tribunal Supremo alemán de 23 de febrero de 2013. IV. Las nuevas *Guidelines* del Bundeskartellamt. V. Algunas conclusiones prácticas para la nueva política de sanciones de la CNMC.

I. Introducción

El 6 de febrero de 2009 la entonces autoridad de defensa de la competencia española, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), publicó una *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de nuestra Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y de los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*¹. Esta Comunicación tenía como principal objetivo la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC), relativos a la imposición de sanciones, y es la que la autoridad de competencia siguió desde ese momento a la hora de calcular la cuantía de la multa a imponer a los sujetos infractores de los ilícitos anticompetitivos (artículo 61 LDC). En el apartado 8 de la Comunicación se establece, de modo similar al mecanismo de cálculo previsto a nivel europeo², que en el marco de la cuantificación de la sanción por infracción de la normativa de defensa de la competencia se determinaría en primer lugar el importe básico de la sanción. Este importe básico se situaría, de acuerdo con el apartado 14 de la Comunicación, entre un 10% y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, su duración, así como los demás criterios para la determinación del importe de las sanciones previstos en el artículo 64.1 LDC.

A dicho importe básico se aplicaría un coeficiente de ajuste en función de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en el supuesto determinado. La aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes supondría un aumento o disminución del importe básico en un porcentaje de entre un 5% y un 15% de acuerdo con el apartado 17 de la Comunicación. En tercer lugar, y únicamente cuando se exceda esa cuantía, la Comunicación

¹ La Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009 está disponible en la página web de la CNMC: <http://www.cnmc.es> (última consulta: 15 de junio de 2015).

² Vid. las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02)*, DO de 1 de septiembre de 2006. Las Directrices están disponibles en la página web de la Comisión Europea: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901(01)) (última consulta: 12 de mayo de 2015).

prevé que se tendrá que ajustar dicha cantidad obtenida como consecuencia del importe base y del coeficiente de ajuste a dos tipos de límites. Por un lado, la multa no podrá ser inferior al beneficio resultante para el infractor como consecuencia de la infracción (beneficio ilícitamente obtenido). Más relevancia en la práctica ha tenido el límite establecido en el apartado 20 de la Comunicación, que establece que el importe final de la sanción no podrá superar los límites establecidos en el artículo 63 de la LDC. Dependiendo de la gravedad de la infracción, dichos límites serán el 1%, 5% o 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) inició su andadura en octubre de 2013. Desde el punto de vista de la defensa de la competencia, uno de los problemas más serios a los que ha debido enfrentarse esta institución es la interpretación divergente en materia de multas que aparecía en las sentencias de la Audiencia Nacional desde marzo de 2013. La CNMC, disconforme con las sentencias de la Audiencia, continuó aplicando la interpretación de los preceptos legales que consideraba correcta (recogida en la Comunicación de multas de la CNC, descrita anteriormente) y recurrió –siempre que fue posible– las sentencias de la Audiencia ante el Tribunal Supremo, de manera que a comienzos de 2015 había más de 16 recursos de casación pendientes de resolución.

Como es bien conocido, las interpretaciones contradictorias se referían específicamente a los artículos 63 y 64 de la LDC. En pocas palabras, la CNMC –en línea con su antecesora, la CNC– entendía que la legislación establece en el art. 63 un límite máximo para las multas expresado como un porcentaje del volumen total de negocio de la empresa, que se entendía como una medida de su capacidad de pago, mientras que la multa se fijaba en función de los criterios del art. 64, y específicamente en función de la dimensión del mercado afectado durante la infracción. Por el contrario, la Audiencia Nacional interpretaba que el máximo previsto en el art. 63 debía interpretarse como el límite superior de un arco sancionador, y debía aplicarse únicamente sobre el volumen de negocios del mercado afectado por la infracción el año previo a la sanción.

En efecto, a raíz de la Sentencia de 6 de marzo de 2013 en el caso *Vinos de Jerez*³, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional comenzó a realizar una interpretación del artículo 63 de la LDC que se diferenciaba tanto de su propia interpretación anterior a esa fecha como de la interpretación por parte de la autoridad de competencia, que seguía la mencionada Comunicación de 2009. De esta nueva interpretación destacan dos aspectos⁴. En primer lugar, la

³ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de marzo de 2013, recurso 619/2010, Bodegas Emilio Lustau S.A. (Expediente CNC S/0091/08, *Vinos de Jerez*).

⁴ Vid. LILLO ÁLVAREZ, C.: “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia” en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 15, 2014, pp. 51-82. La autora explica tanto la doctrina reciente (2013-2014) de la Audiencia Nacional en relación con el artículo 63 de la LDC 15/2007 como el método de cálculo de las multas seguido por la autoridad nacional de

Audiencia comenzó a interpretar la expresión “volumen de negocios total” del artículo 63 LDC como “volumen de negocios total en el mercado afectado por la infracción”⁵ y no como el “volumen de negocios resultante de todas las actividades económicas en las que participa la empresa infractora”. En segundo lugar, la Audiencia defiende que el límite del 10% para las infracciones muy graves previsto también en el artículo 63 LDC (y del 1% y 5% si se trata de infracciones leves o graves) ha de entenderse como parte de una escala o arco sancionador en consonancia con los principios generales del Derecho sancionador y el artículo 25 de la Constitución, en lugar de un “umbral de nivelación” que operaría únicamente *ex post* para rebajar la cuantía resultante de la multa en caso de exceder dicho porcentaje (lo que era defendido tanto por la autoridad de competencia nacional como por la europea). Al tener en cuenta como volumen total de negocios solo el del mercado afectado por la infracción, la cuantía de las multas recurridas por las empresas era reducida por la Audiencia, o bien se obligaba a la Autoridad de Competencia a recalcular las sanciones teniendo en cuenta esta nueva interpretación, por lo que –como se ha dicho– se interpuso en diversos asuntos recurso de casación por parte del Abogado del Estado en nombre de la CNMC.

En un trabajo anterior⁶ hemos mostrado que la utilización de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional que se acaba de mencionar implicaba una clara estimación por defecto del daño potencial producido por la infracción y una reducción del arco sancionador, y por tanto daba lugar a sanciones insuficientes. Los niveles de disuasión de las multas serían tan bajos que podría decirse que para las empresas su participación en una infracción anticompetitiva sería una decisión "racional". Por el contrario, siguiendo la Comunicación sobre multas de la CNC, la disuasión que proporcionaban las sanciones eran entre dos y nueve veces mayores que con la interpretación de la Audiencia. Si la nueva interpretación hubiera recibido el respaldo del Tribunal Supremo, hubiera sido gravemente perjudicial para la defensa de la competencia en España, una situación que ya estaba ocurriendo en algunos casos en los que había habido sentencias firmes de la Audiencia.

Esta disparidad de criterios ha sido resuelta, en fechas recientes, por Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2015, que obliga a un cambio en el método de imposición de multas que, de ahora en adelante, ha de seguir la CNMC. En este trabajo nos proponemos

competencia hasta la Sentencia del Tribunal Supremo. Además, cita en un Anexo todas las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que han seguido su nueva doctrina.

⁵ Vid. en sentido crítico CACHAFEIRO GARCÍA, F.: “El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia” en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 34, 2013-2014, pp. 153-175.

⁶ GARCÍA-VERDUGO SALES, J.: *Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas*. Documento de Trabajo 48/2015, Serie Política de la Competencia, 2015, pp. 1-15. Madrid: Centre for Competition Policy, Instituto Universitario de Estudios Europeos.

analizar las *Guidelines* del Bundeskartellamt, publicadas el 25 de junio de 2013, como una posible referencia para la autoridad española.

Pensamos que esta propuesta es especialmente oportuna, ya que al hilo de la Sentencia del Supremo del pasado 29 de enero, algún autor ha cuestionado⁷ la propia validez de la Comunicación, y el hecho de que un órgano administrativo que tiene atribuido un poder discrecional sancionador haga públicos los criterios “con los que cumplirá en sede aplicativa su tarea de integración de la norma de conducta”. Parece claro que si el sistema sancionador no goza de la suficiente predictibilidad, tal insuficiencia no puede ser suplida por una regulación por parte de la autoridad de competencia teniendo en cuenta que dicha autoridad carece de potestad normativa; sin embargo, en la propia Sentencia que estamos comentando el Supremo declara como “elogiable” el propósito de este tipo de documentos de “soft law” de dotar de un mayor nivel de predictibilidad a la imposición de multas por parte de la autoridad de competencia.

Tras este epígrafe de introducción, en el apartado siguiente se analizará la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo español, con especial atención al “precedente” sentado por el Tribunal Supremo alemán, en su Auto de 23 de febrero de 2013. Como veremos, ambos pronunciamientos coinciden en el enfoque con que abordan las dos grandes cuestiones que se discuten a este respecto: el límite máximo del 10% en la cuantía de las sanciones, y la cifra de “volumen de negocio” a considerar a los efectos del cálculo de las multas. A continuación, y tras el análisis del “precedente” del Supremo alemán, en su Auto de 23 de febrero de 2013, que se lleva a cabo en el epígrafe III, en el epígrafe IV se analizan las *Guidelines* del Bundeskartellamt, para concluir en el epígrafe V con algunas orientaciones prácticas para la nueva política sancionadora de la CNMC.

II. La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo

A) La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015

Sobre las dos cuestiones relacionadas con la interpretación de artículo 63.1 LDC se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015⁸. Esta primera resuelve

⁷ ORTEGA, J., “Como agua de mayo: Comentario a la STS de 29 de enero de 2015 en su valoración de los criterios de soft law que aplica la CNC (actual CNMC)”, en el blog *Derecho Mercantil*, 27 de mayo de 2015, disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2015/05/como-agua-de-mayo.html> (última consulta: 12 de junio de 2015). En su comentario la autora subraya la incertidumbre legal –con el consiguiente riesgo de lesionar los principios de igualdad, objetividad, y de interdicción de la arbitrariedad– de este tipo de instrumentos de “soft law”. No compartimos esta postura, ya que con las limitaciones de este tipo de instrumentos, las diferentes Comunicaciones, Directrices, etc, que se llevan publicando desde sus comienzos en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia Comunitario y en multitud de ordenamientos nacionales, han demostrado su eficacia y utilidad como guía interpretativa y de *enforcement* de las previsiones legales.

⁸Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2013, caso *BCN Aduanas y Transportes S.A.*

la casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída en apelación del Expte. S/0269/10 *Transitarios 2*, y desde entonces ha aparecido ya un buen número de sentencias que reproducen las mismas ideas recogidas en la primera sentencia y dan firmeza a esta nueva jurisprudencia. En nuestra opinión, podría decirse a grandes rasgos que el Supremo ha confirmado la parte menos importante de la interpretación de la Audiencia sobre las sanciones de competencia, y ha rechazado la parte que podría haber tenido efectos más perjudiciales contra la defensa de la competencia.

La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo puede resumirse como sigue:

- a. El límite legal del 10% recogido en el art. 63.1 LDC debe interpretarse como el límite superior de un intervalo de sanciones (como defendía la Audiencia), no como un tope o un “umbral de nivelación”.
- b. En consecuencia, la Autoridad de Competencia no puede utilizar ya la Comunicación sobre multas porque se basa en entender el límite del 10% como un umbral de nivelación, en línea con la interpretación de la Comisión Europea (CE).
- c. El “volumen de negocios total” mencionado en el art. 63.1 debe entenderse como el volumen total (como había sido sostenido por la CNMC) y no como el volumen del mercado afectado. Esta decisión del Supremo es más importante a la hora de determinar el nivel de las multas que la interpretación sobre la naturaleza del límite legal.
- d. El Tribunal Supremo insiste en la importancia –y reconoce la dificultad de esta tarea– de conseguir equilibrar la necesaria proporcionalidad con el imprescindible carácter disuasorio de las sanciones.
- e. La sentencia exige a la CNMC considerar la dimensión de la concreta infracción como una referencia necesaria para asegurar la proporcionalidad de las multas, especialmente en el caso de las empresas multiproducto.
- f. El Supremo también menciona la conveniencia de considerar la probabilidad de descubrimiento de los infractores para asegurar que las sanciones son suficientemente disuasorias, y sugiere también la posibilidad de multar a las personas físicas responsables de las infracciones para aumentar el nivel de disuasión.

La CNMC ya ha aplicado la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en un buen número de ocasiones desde entonces. La primera vez fue en la resolución sobre el Expte. S/474/13 *Precios combustibles automoción*, sobre la distribución minorista de combustibles de automoción, aunque no puede considerarse una resolución típica desde el punto de vista de la sanción; después, en el Expte. S/0425/12 *Industrias lácteas 2*, sobre compradores industriales de leche cruda de vaca, donde se explica con más detalle el nuevo sistema de determinación de multas; y, siguiendo en mayor o menor medida la misma metodología, en las resoluciones de cinco expedientes sobre concesionarios de coches (Expte. S/0486/13 *Concesionarios Toyota*, S/0487/13 *Concesionarios Land Rover*, S/0488/13 *Concesionarios Hyundai*, S/0489/13

Concesionarios Opel y S/0471/13 *Concesionarios Audi/Seat/VW*) así como en las resoluciones de los Exptes. S/0469/12 *Fabricantes de papel y cartón ondulado*, S/484/13 *Redes abanderadas* y S/0482/13 *Fabricantes de automóviles*. También ha sido aplicada la nueva jurisprudencia en varias resoluciones de ejecución de sentencias del Supremo que ordenaban el recálculo de sanciones (Expte. VS/0269/10 *Transitarios 2*, empresa BCN Aduanas y Transportes; Expte. VSACAN/0012/11 *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*; y Expte. VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*, empresas Bodegas Gonzalez Byass y Bodegas Williams & Humbert).

A continuación se analizan, con más profundidad, las dos grandes cuestiones resueltas en este importante pronunciamiento. Como hemos avanzado en la introducción, y ya ha puesto de manifiesto la doctrina más atenta que ha analizado esta sentencia, el Supremo da “una de cal y otra de arena”⁹, en el sentido de que estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmando en parte la interpretación de la Audiencia y en otra parte hace suyo el voto particular formulado por una de las magistradas de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

B) El límite máximo del 10%

En relación al límite máximo del 10% en relación a infracciones muy graves (la misma interpretación rige para el límite del 1% en infracciones leves y del 5% en infracciones graves), el Tribunal Supremo confirma que dicho sistema sancionador previsto en el artículo 63.1 LDC ha de entenderse como el límite superior de una escala o “arco sancionador” que opera como límite de la sanción que solo procede exigir a la infracción más grave, y no como “límite extrínseco” (según el término utilizado por el Supremo en su sentencia) de la cuantía de la multa que en última instancia se puede imponer y que operaría únicamente *ex post*, una vez que se han valorado todas las circunstancias –incluyendo posibles agravantes y/o atenuantes– concurrentes en el caso.

Solamente de esta manera se estaría respetando tanto el principio de legalidad como los demás principios y garantías relativos al Derecho sancionador dentro del cual se enmarcan las potestades administrativas sancionadoras. Teniendo en cuenta estos límites y el arco sancionador fijados por el artículo 63.1 LDC, se tendrá que graduar la cuantía de la multa atendiendo a los factores mencionados en el artículo 64 LDC, que se refieren –entre otros– a la gravedad, duración, alcance y efectos de la infracción, así como la cuota de mercado que posee la empresa infractora, incluyendo así mismo las posibles atenuantes o agravantes que estén presentes en cada caso.

El ponente de la sentencia señala –pensamos que acertadamente– que el 10% como ulterior “umbral de nivelación” se materializa en el artículo 23 del Reglamento 1/2003, de 16 de

⁹*Vid.*, en este sentido, el acertado análisis de MARCOS FERNÁNDEZ, F. “*Blowing hot and cold: the last Word of the Supreme Court on setting fines for Competition Law infringements in Spain*”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-220-1, 19 February 2015.

febrero de 2002, pero no se aviene al Derecho de la competencia español. Esta diferencia relativa al sistema de multas español y europeo concuerda con el artículo 5 del Reglamento 1/2003¹⁰. En efecto, los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea bajo los principios generales de efectividad y equivalencia, lo que se traduce en la práctica en que se tengan que aplicar las mismas normas sustantivas a las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren estos preceptos, si bien ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación europea armonizan cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones.

Es cierto que esta interpretación del límite del 10% como “escala sancionadora” y no como “umbral de nivelación” es susceptible todavía de mejora, en el sentido de que las empresas sancionadas todavía adolecen de criterios claros y nítidos sobre la cuantía de multa a la que se exponen. En cualquier caso, y esto se ha puesto ya de manifiesto¹¹ en los comentarios que se han ido publicando nada más conocerse esta Sentencia, el ponente acierta al señalar que la forma alternativa de interpretar el art. 63.1 LDC –la que practica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– no es compatible con nuestro Derecho Sancionador, en particular con el principio de legalidad de las penas (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*) consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, y que exige “la predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas” fijos o en porcentaje de una magnitud también predeterminada. En este sentido, concluye la Sentencia que, en caso de ser aconsejable una modificación parcial de la Ley de defensa de la competencia en su título V, teniendo en cuenta la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este extremo, habría de ser el legislador quien se ocupe de ello.

C) La cifra de “volumen de negocio total”

En segundo lugar, en relación a la mención del “volumen de negocios total” del artículo 63.1 LDC y contrariamente a la última jurisprudencia de la Audiencia Nacional, previamente mencionada, el Tribunal Supremo confirma que los límites máximos de las multas han de ser interpretados tomando como referencia el volumen de negocio global de la empresa en todos los sectores en los que opere y no tomando como referencia únicamente el sector o mercado en el que se haya observado el ilícito anticompetitivo. El Supremo confirma que dicha interpretación

¹⁰Artículo 5 del Reglamento 1/2003: “*Competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes: (...) - imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional (...)*”.

¹¹ Vid., por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El límite del 10 % del volumen de negocio en las multas por cártel”, blog *Derecho Mercantil*, de 30 de enero de 2015, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/el-limite-del-10-del-volumen-de-negocio.html?spref=tw> (última consulta, 12 de junio de 2015).

respetar la capacidad económica de la empresa, además de corresponderse con una interpretación literal de la ley.

Lo cierto es que la interpretación que hacía la última jurisprudencia de la Audiencia a este respecto no tenía base legal de ningún tipo “ni literal, ni histórica, ni sistemática ni teleológica”¹², y en cambio ese tener en cuenta la capacidad económica del culpable para establecer la cuantía de la multa es considerado como el criterio más adecuado y correcto¹³.

Desde la doctrina administrativista que ya se ha ocupado de comentar este pronunciamiento se ha puesto de manifiesto¹⁴ que hay una aparente contradicción entre la primera parte de la Sentencia y esta segunda, en el sentido de que la interpretación que hace el Tribunal Supremo de la naturaleza del límite del 10% de la sanción del artículo 63 LDC garantiza el principio de certeza o taxatividad, mientras que la interpretación de que el volumen de mercado que debe tenerse en cuenta es el de todas las actividades económicas de la empresa infractora, y no sólo el afectado por la infracción, atentaría contra el principio de proporcionalidad.

En nuestra opinión, el Tribunal Supremo es plenamente consciente de la dificultad de compatibilizar las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones derivadas de los artículos 63 y 64 LDC con el principio de proporcionalidad mencionando, y así lo afirma de manera explícita en la Sentencia de 29 de enero de 2015. En este “equilibrio” entre principios, y como señala la propia Sentencia, aunque el carácter disuasorio es un rasgo de las multas que debe preservarse (porque lo exige el principio de efectividad), *“tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad”*.

Es preciso señalar que, con carácter general, la Comisión Europea defendía ya esta posición bajo la aplicación del Reglamento 17/1962 al afirmar que únicamente el volumen de negocios global es una indicación válida relativa a la dimensión y potencia económica de la empresa. En caso de tener en cuenta únicamente una parte del volumen de negocios de una empresa multiproducto que está presente en diversos mercados, la multa resultaría ser demasiado baja para tener efectos disuasorios.

En las Directrices de la Comisión Europea de 2006 se incluye también una cláusula general que permite incrementar el importe de la multa más allá de las ventas de bienes y servicios

¹² MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2015), *op.cit.*, pág. 12, citando (en nota n. 32) los trabajos que también hemos recogido aquí de CACHAFEIRO, F. (2014), y LILLO, C. (2014).

¹³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El significado de la referencia al “volumen de negocios total” en el art. 63.1 LDC”, blog *Derecho Mercantil*, de 30 de enero de 2015, disponible en: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/01/el-significado-de-la-referencia-al.html> (última consulta, 10 de junio de 2015).

¹⁴ LOZANO CUTANDA, B., “El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los criterios de cálculo de las multas de defensa de la competencia: comentario a la STS de 29 de enero de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8497 (2015).

a que se refiere la infracción con el fin de garantizar “un efecto suficientemente disuasorio”¹⁵. Es cierto también que el TJUE ha matizado en alguna ocasión la importancia del volumen de negocios global de la empresa infractora como indicación de la dimensión y potencia económica de ésta, especialmente cuando el volumen de ventas afectado por la conducta ilícita representa únicamente una pequeña fracción de dicho volumen de negocios global¹⁶:

“Debe añadirse que, para la determinación del importe de la multa, es posible tener en cuenta tanto el volumen de negocios global de la empresa, que constituye una indicación, aunque sea aproximada e imperfecta, de su dimensión y de su potencia económica, como la parte de dicho volumen correspondiente a las mercancías objeto de la infracción, que puede dar una indicación de la amplitud de esta última. Por otra parte, de ello se deduce que no hay que atribuir a ninguna de estas dos cifras una importancia desproporcionada frente a los demás criterios de apreciación, de modo que la determinación del importe apropiado de una multa no puede ser el resultado de un mero cálculo basado en el volumen de negocios global. Éste es el caso especialmente cuando las mercancías afectadas sólo representan una pequeña fracción de ese volumen (véanse las sentencias MusiqueDiffusionfrançaise y otros/Comisión, antes citada, apartado 121; de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 111, y de 28 de junio de 2005, DanskRørindustri y otros c. otros / Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 243)”.

III. El “precedente”¹⁷: el Auto del Tribunal Supremo alemán de 23 de febrero de 2013

En su interpretación del límite del 10% como parte de una escala o arco sancionador, de acuerdo con los principios fundamentales que se aplican en el derecho sancionador, nuestro Tribunal Supremo llega a la misma conclusión que el Tribunal Supremo alemán

¹⁵Vid. apartado 30 de las Directrices, donde se señala que “la Comisión prestará especial atención a la necesidad de garantizar que las multas presenten un efecto suficientemente disuasorio; con este fin, podrá aumentar la multa impuesta a aquellas empresas que tengan un volumen de negocio particularmente importante más allá de las ventas de bienes y servicios a que se refiere la infracción”.

¹⁶ Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P, caso *PapierfabrikAugustKoehler AG*, apartado 114.

¹⁷ Este epígrafe y la jurisprudencia y doctrina alemanas que en él se recogen, está elaborado a partir de los acertados análisis de PATRICIA PÉREZ FERNÁNDEZ, publicados en el blog *Derecho Mercantil*. Pueden consultarse en: “El Supremo alemán se separa del Tribunal de Justicia en materia de multas”, de 22 de mayo de 2013, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/05/el-supremo-aleman-se-separa-del.html>; “Diferencias entre la política comunitaria, la alemana y la española en materia de multas derivadas de ilícitos anticompetitivos”, de 6 de agosto de 2013, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/08/diferencias-entre-la-politica.html> (último acceso, 13 de junio de 2015).

(*Bundesgerichtshof*) en su auto de 23 de febrero de 2013, KRB 20/12, dictado en referencia al conocido “cártel del cemento alemán”¹⁸.

En la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB) de 2005 se había introducido en el § 81.4 una referencia a la cuantía de las multas, que coincide casi idénticamente con el tenor literal del artículo 23.2 II del Reglamento 1/2003¹⁹. El § 81.5 GWB se remite al § 17.3 de la Ley alemana sobre infracciones administrativas (OWiG), que se refiere a la gravedad de la conducta, así como a las circunstancias económicas del sujeto infractor para determinar la cuantía de la multa. La autoridad de competencia alemana (Bundeskartellamt o BKArA) estableció en sus Directrices un mecanismo de cálculo de la cuantía de las multas²⁰ que coincidía con el establecido en la Comunicación de la autoridad española de 2009 y en parte también con las Directrices de 2006 que aplica la Comisión europea para el cálculo de las multas²¹.

El problema que se planteó al hilo de la multa al cártel del cemento en Alemania es si el citado § 81.4 GWB era inconstitucional por ser contrario el Art. 103.2 de la Constitución alemana²². Este precepto recoge el principio de legalidad (*nulla poena sine previa lege*) como principio fundamental del Derecho sancionador, y al que ya hemos hecho referencia en un apartado precedente.

Dado que las Directrices o Comunicaciones de una autoridad administrativa como es la autoridad de competencia no tienen fuerza de ley, el Tribunal Supremo alemán se pregunta si es conforme con la Constitución y a los principios de un Estado de Derecho que la autoridad de competencia determine el importe de la multa derivada de un cártel de acuerdo al mecanismo que ha establecido en una Comunicación y, en su caso, la reduzca al límite máximo previsto legislativamente en el supuesto de superar dicho límite.

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 26 de febrero de 2013 está disponible en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7e7bc335b60203f78af57defba4dcb88&nr=63748&pos=0&anz=16> (última consulta: 13 de abril de 2015).

¹⁹ Dicho precepto, como ya se ha mencionado anteriormente, prevé el mismo límite de la siguiente forma: “*por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior*”.

²⁰ El BKArA partía del volumen de ventas asociado a la conducta anticompetitiva para determinar el importe básico de la multa, que posteriormente será ajustado de acuerdo con las atenuantes o agravantes del caso y, en su caso, rebajado hasta el límite del 10% de forma *ex post*.

²¹ La Comisión europea multiplica de forma adicional las ventas por el número de años que ha tenido lugar la conducta anticompetitiva. *Vid.* sobre esta cuestión BUNTSCHHECK, M.: “Die gesetzliche Kappungsgrenze für Kartellgeldbußen. Bedeutung und Auslegung im Lichte der neuen Bußgeldleitlinien von Kommission und Bundeskartellamt“ en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n° 7, 2007, pp. 423-430 y ENGELSING, F.: „Die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission von 2006“ en *Wirtschaft und Wettbewerb*, n° 5, 2007, pp. 470-482.

²² Artículo 103.2 de la Ley fundamental de Bonn: „*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*““. *Vid.* también sobre esta cuestión MEESEN, K. M.: „Die 7. GWB-Novelle – verfassungsrechtlich gesehen“ en *Wirtschaft und Wettbewerb*, n° 8, 2004, pp. 733-744.

El Supremo alemán confirma la Sentencia del Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de Düsseldorf, de 26 de junio de 2009²³, señalando –igual que este año ha hecho el Supremo español– que hay dos interpretaciones posibles del límite del 10% de la facturación de la empresa en el año previo. La primera es considerar que se trata de un límite, no de la sanción que se puede imponer, sino de la sanción que es exigible, de manera que el límite del 10% no afectaría al cálculo de la multa que se determina por la autoridad de competencia en función de la “gravedad y duración” de la infracción en la terminología del Reglamento 1/2003²⁴. De acuerdo con esta interpretación, el límite sería relevante únicamente en el último momento de determinación de la multa, en el supuesto de que se compruebe que la multa supera el 10% de la facturación de la empresa, en cuyo caso se procederá a reducir la multa a dicho 10% (*Kappungsgrenze*)²⁵.

La segunda interpretación sería considerar que dicho límite del 10 % de la facturación forma parte de una escala sancionadora jugando un papel similar al que tiene el límite de las multas de un millón de euros para los individuos de acuerdo con la normativa de defensa de la competencia alemana (*Obergrenze*)²⁶. Este límite superior de la escala de sanciones a imponer representa la voluntad del legislador respecto de lo que sería en la práctica la mayor multa que puede imponerse por una infracción de la legislación de defensa de la competencia. Dicho límite ha de ser tenido en cuenta por la autoridad de competencia de forma *ex ante* cuando calcula el importe de la multa, incluyendo ya las posibles atenuantes o agravantes en dicho importe máximo²⁷. De acuerdo con el razonamiento del Supremo alemán –y también de nuestro Tribunal Supremo– esta interpretación es la más conforme con el principio de legalidad penal ya que conduce a considerar que es la propia ley la que determina los criterios para el cálculo de la cuantía de la multa, sin determinar únicamente los límites del poder sancionador de la autoridad administrativa de competencia. En este sentido, dicho límite del 10% es también una expresión o materialización del principio de proporcionalidad de las penas.

El Tribunal Supremo alemán razona que la primera interpretación del precepto legal conduciría a su inconstitucionalidad porque faltarían en la ley los criterios relevantes para

²³ La Sentencia del Tribunal Superior de Düsseldorf de 26 de junio de 2009 está disponible en <http://bit.ly/1FFM3yf> (última consulta: 13 de abril de 2015).

²⁴ Vid. artículo 23.3 del Reglamento 1/2003 que señala que “*a fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración*”.

²⁵ Esta interpretación es la seguida por la Comisión europea en base al apartado 32 de sus Directrices de 2006 (“*por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) no 1/2003*”).

²⁶ En España el artículo 63.2 LDC 15/2007 prevé que “*además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión*” (...).

²⁷ De acuerdo con esta lógica, si 10 % es el límite máximo que se puede imponer a la empresa infractora, dicho límite ha de ser reservado para infracciones muy graves.

determinar la cuantía de las multas por infracciones de la normativa de defensa de la competencia. En efecto, si el 10% es sólo un límite que obliga a reducir la multa *ex post*, una vez determinada su cuantía, ésta –la determinación de la cuantía– se habría realizado conforme a criterios que no están –todos– en la Ley, entre ellos, el del nivel máximo posible de la sanción o multa a imponer a las infracciones más graves²⁸.

De acuerdo con esta segunda interpretación, las atenuantes adquieren relevancia puesto que han de aplicarse, no sobre la cuantía total de la multa (que puede ser superior al 10%), sino sobre una multa que *ex ante* no puede superar el 10% del volumen de negocio de la empresa. Esta interpretación, como ya se ha mencionado, conduce a afirmar igualmente que una multa equivalente al 10% del volumen de facturación sólo podría preverse para las conductas anticompetitivas más graves de entre todas las posibles, al igual que ocurre en el ámbito del Derecho penal, precisamente gracias a la aplicación del principio de proporcionalidad. La importancia práctica de este cambio de interpretación implica que es posible que en la mayoría de las conductas anticompetitivas no se llegue a una multa que se aproxime al 10% del volumen de ventas²⁹.

El BKarA publicó el 25 de junio de 2013 sus nuevas Directrices para la fijación de la cuantía de las multas, siguiendo la doctrina fijada en febrero de 2013 por el TS alemán relativa al límite máximo de las multas del 10 % del volumen de ventas de la empresa infractora³⁰. A ellas dedicamos el siguiente epígrafe de este trabajo.

IV. Las nuevas *Guidelines* del Bundeskartellamt

La justificación de la forma de proceder de la Comisión Europea, rebajando en su caso la cuantía obtenida a un 10% de manera *ex post*, se ha basado en la idea de que la aplicación del Derecho comunitario de defensa de la competencia ha de ser efectiva. El principio de efectividad del Derecho comunitario (*effet utile*) exige que en las normativas nacionales se prevean sanciones eficaces y disuasorias para evitar la concurrencia de nuevos ilícitos anticompetitivos. Esto

²⁸ En un sentido crítico con respecto a esta primera interpretación de acuerdo con el ordenamiento sancionador alemán vid. DANNECKER/BIERMANN: “§ 81 Abs. 4 Satz 2 als Kappungsgrenze oder Bußgeldrahmenbestimmung” en IMMENGA, U. y MESTMÄCKER, U. (Dir.): *Wettbewerbsrecht: GWB*, 2007, Rn. 344-345.

²⁹ Vid. ACHENBACH, H.: “Die Kappungsgrenze und die Folgen- Zweifelsfragen des § 81 Abs. 4 GWB” en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, n° 1, 2009, pp. 3-25.

³⁰ Como se ha dicho antes, en las Directrices anteriores, publicadas en 2006, el BKarA interpretaba el límite del 10% como el importe máximo que podía ser exigido (*Kappungsgrenze*), de acuerdo con la doctrina europea (Comisión europea y tribunales de justicia europeos). El Presidente del BKarA, Andreas Mundt, señaló la necesidad de modificar estas Directrices de fijación del importe de la multa siguiendo la jurisprudencia reciente del TS alemán. También advirtió que las multas tenderían a ser menores para pequeñas empresas “monoproducto” y que podrían ser mayores para empresas presentes en múltiples mercados cuando los acuerdos horizontales afecten únicamente a un determinado producto de los que ofrecen, reservándose la cuantía máxima del 10% para las infracciones anticompetitivas más graves. Vid. en este sentido también JUST, N.: “Obergrenze statt Kappungsgrenze- Kartellverstöße demnächst billiger?” en *Deutscher Anwaltspiegel*, n° 14, 10 de julio de 2013, pp. 6-7.

significa que las sanciones previstas en las normativas nacionales deberán configurarse de tal manera que no se produzcan lagunas en la aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia³¹. La razón principal que tiene la Comisión Europea para considerar el límite del 10% como *Kappungsgrenze* o límite *ex post* es, por tanto, la prevención o disuasión de nuevos ilícitos anticompetitivos.

Esta misma argumentación justifica también que el 10% se calcule, no en relación con el volumen de negocio de la sociedad infractora o de la facturación relacionada con la práctica anticompetitiva sino con el volumen total de negocios –a nivel mundial o global– del grupo de empresas al que pertenece la infractora, al que se ha hecho referencia con anterioridad.

Interesa subrayar que, a pesar de la referencia a distintos principios y criterios que deben tenerse en cuenta, ni la LDC ni la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español ofrecen a la Autoridad de Competencia una metodología clara para la fijación de sanciones. El nuevo método de determinación de la sanción de la CNMC aparece explicado con más detalle en la resolución del expediente de *Industrias Lácteas 2*, pero es claro que la nueva metodología no debería considerarse todavía como definitiva. Mientras tanto, los análisis y sugerencias de los especialistas disponen de una rara oportunidad para influir en el curso de la futura política sancionadora de la Autoridad de Competencia española.

En esta línea, el principal objetivo de este artículo es dirigir la atención al referente más claro que se ofrece a la CNMC, que son las nuevas directrices sobre multas publicadas el 25 de junio de 2013³² por el BKarA a raíz de la referida Sentencia del Tribunal Supremo alemán, de 26 de febrero de 2013. El BKarA ha dispuesto desde entonces de suficiente tiempo y numerosas ocasiones para aplicar esas directrices y –atendiendo a las declaraciones de sus representantes y a las sanciones impuestas en este tiempo– todo apunta a que el resultado puede considerarse satisfactorio. Parece obligado analizar los rasgos fundamentales de estas *Guidelines* alemanas como una manera segura de orientar las decisiones de la CNMC sobre esta materia.

Las directrices alemanas son llamativamente concisas: dos páginas de principios, otras dos páginas que proporcionan indicaciones más precisas sobre la fijación de sanciones, y cuatro páginas adicionales con notas explicativas sobre algunas cuestiones más complejas contenidas en la parte principal del documento. Para facilitar la comprensión de sus líneas fundamentales conviene resumir y estructurar su contenido como se muestra a continuación:

- Las directrices solo son aplicables a infracciones graves contra la competencia. Se refiere literalmente solo a los cárteles, pero en la práctica han sido aplicadas también a otro tipo de infracciones graves (acuerdos verticales, abuso de posición de dominio

³¹ Esta aplicación descentralizada fue promovida por el Reglamento 1/2003, vid. los artículos 3 y 5 del mismo.

³² Directrices del Bundeskartellamt de 25 de junio de 2013 (“*Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren*”), disponible en <http://bit.ly/1CheZul> (última consulta: 13 de junio de 2015).

e intercambios de información). Solo se excluyen las infracciones relacionadas con el control de concentraciones³³.

- De acuerdo con la sentencia de su Tribunal Federal, se basan en la interpretación del límite legal máximo como el límite superior de un intervalo de sanciones (10% para las infracciones intencionadas y 5% para las no intencionadas).
- Ese límite superior del arco sancionador se calcula sobre el volumen de negocios total (VNT) del infractor en el año previo a la multa³⁴. Las directrices califican el sistema como un “marco sancionador basado en el volumen de negocio” (“*turnover-based framework of fines*”).
- Para sancionar a las empresas adecuadamente en función de su “sensibilidad al castigo”, el BKarA tendrá en cuenta especialmente el tamaño de la empresa en su valoración de su posible sanción. Como consecuencia, advierten que las multas pueden variar significativamente para una misma infracción debido a este factor. Más en concreto, considera que el VNT es una variable que aproxima razonablemente la sensibilidad de la empresa ante el castigo.
- La sanción debe ser proporcional y disuasoria tanto para la propia empresa como para las demás (disuasión específica y general); para eso, la multa debe ser proporcional a la capacidad de la infracción para producir beneficios ilícitos y para causar daño (“beneficio y daño potenciales” o BDP).
- El BDP de la infracción está directamente relacionado con el volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción. El documento asume como punto de partida que el BDP es un 10% del VNMA. El porcentaje efectivo puede ser mayor o menor que el supuesto, pero en un sistema de multas basado en el volumen de negocio total la sanción debe basarse en la gravedad de la infracción y no en la estimación del beneficio o del daño efectivamente producido. Cuando sea evidente que el BDP es mayor que el 10% del VNMA, puede utilizarse una cifra mayor.
- El BDP es multiplicado por un factor para determinar un nuevo límite superior para las sanciones por encima del cual la sanción no sería en general apropiada al caso concreto y a la capacidad de pago de la empresa o a su “sensibilidad al castigo”. Ese nuevo límite superior (que por lo explicado podría denominarse “límite de proporcionalidad”) se obtiene multiplicando el factor multiplicador –que aumenta con el tamaño de la empresa– por el BDP.

³³ Se entiende que por su naturaleza no permiten aplicar los mismos criterios para la determinación de las sanciones.

³⁴ Aunque a los efectos de este trabajo no es relevante, entienden como volumen de negocio total el correspondiente al valor mundial de esta cifra (*Worldwide turnover*).

- Las directrices insisten en que el propósito del cálculo del punto anterior no es fijar la sanción, sino determinar un nivel de la multa que no sería en general apropiado superar, ni siquiera en los casos más graves, aunque se encuentre todavía por debajo del límite legal. Por eso, cuando el valor obtenido al aplicar el factor de proporcionalidad es menor que el límite legal, el BKarA se autoimpone ese nuevo límite más bajo como límite máximo para la sanción, aunque puede superarse excepcionalmente si se constata que la sanción es demasiado baja. Por otra parte, se subraya que es perfectamente razonable que la sanción sea varias veces el BDP de la infracción por motivos de disuasión.
- Dentro del intervalo de sanciones fijado por el “límite de proporcionalidad”, la multa se fijará en función de su gravedad y duración atendiendo a una “valoración global” (“global appraisal”) de todas las circunstancias relevantes de cada infracción. Sin ánimo de exhaustividad, se mencionan algunos criterios objetivos relacionados con la infracción (tipo y duración de la infracción, tamaño geográfico del mercado afectado, importancia de las empresas en esos mercados, importancia de los mercados en la economía nacional, tipo de producto afectado y grado de organización de la conducta) y otros criterios subjetivos relacionados con el infractor (entre otros, el papel de la empresa en la infracción, su posición en el mercado y la presencia de infracciones previas).
- Sin embargo, las directrices dejan claro que el peso que pueda tener un criterio específico en la multa finalmente impuesta depende de cada caso concreto, por lo que no se ofrecen pistas adicionales sobre la cuantificación de los criterios de valoración.

En la Tabla 1 se muestra a continuación un ejemplo numérico de cómo se aplican en la práctica las *Guidelines* del BKarA en lo que se refiere al límite de proporcionalidad, que puede resultar difícil de visualizar con la simple lectura de este documento. En nuestro ejemplo hemos supuesto que hay siete empresas que han formado parte de un cártel de forma que el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) de cada una es igual a 20 millones de euros. La autoridad de competencia impone la sanción en 2015 de forma que supone un porcentaje del volumen de negocios total (VNT) en el año anterior. El 10% de esa cantidad, recogido en la cuarta columna, señala la máxima sanción legal, aplicable a las infracciones más graves. Para simplificar, supongamos que el BKarA considera que la sanción adecuada, después de valorar globalmente la gravedad y demás características de la infracción, es la cantidad en euros equivalente al 5% del VNT en 2014 para todas las empresas, cantidad que aparece en la quinta columna (lógicamente, equivale a la mitad del límite legal máximo). Como puede apreciarse, las multas para infracciones de la misma gravedad y con idéntico mercado afectado oscilan entre 1 millón y más de 160 millones de euros, porque dependen del tamaño de las empresas.

Tabla 1. Ejemplo de aplicación de las *Guidelines* del BKarA

Empresa	VNMA en miles de euros (m€)	VNT 2014 (m€)	Máximo legal (10% VNT, m€)	Multa (5% VNT 2014, m€)	BDP de la infracción (10% VNMA, m€)	Factor (F) según tamaño de empresas	Nuevo límite máximo (BDP*F, m€)	Multa ajustada (m€)	Multa ajustada (%)
A	20.000	20.000	2.000	1.000	2.000	2,20	4.404,0	1.000,0	5,0%
B	20.000	60.000	6.000	3.000	2.000	2,61	5.212,1	3.000,0	5,0%
C	20.000	80.000	8.000	4.000	2.000	2,81	5.616,2	4.000,0	5,0%
D	20.000	200.000	20.000	10.000	2.000	3,22	6.444,4	6.444,4	3,2%
E	20.000	250.000	25.000	12.500	2.000	3,28	6.555,6	6.555,6	2,6%
F	20.000	750.000	75.000	37.500	2.000	3,83	7.666,7	7.666,7	1,0%
G	20.000	3.250.000	325.000	162.500	2.000	4,36	8.722,2	8.722,2	0,3%

Para limitar la posible falta de proporcionalidad que podría derivarse de la presencia de empresas con una actividad importante fuera del mercado afectado, las *Guidelines* introducen un límite de proporcionalidad –con frecuencia más restrictivo– que se superpone al límite legal. Primero, se estima el beneficio ilícito y daño potenciales (BDP) de la infracción como el 10% del VNMA de cada empresa, es decir, dos millones de euros; a continuación, se multiplica por un factor que aumenta con el tamaño de las empresas, como se muestra en la séptima columna³⁵. La octava columna muestra el nuevo límite, que en todos los casos, salvo para la empresa A, es más restrictivo que el máximo legal, y el BKarA asume como vinculante que las multas no pueden superar este nuevo límite, que podríamos llamar de “proporcionalidad”. Por tanto, cuando las multas propuestas (quinta columna) son mayores que el límite de proporcionalidad (octava columna), se reducen hasta igualarlo, como se muestra en la penúltima columna para el caso de las cuatro empresas de mayor tamaño (D-G).

Un primer comentario es que el sistema delineado en las *Guidelines* del BKarA no intenta en ningún caso estimar el beneficio ilícito o el daño efectivamente causado por las empresas infractoras. Lo que hace es utilizar un valor de referencia general basado en la literatura especializada y en la experiencia de otras autoridades de competencia (el 10% del mercado afectado) para construir un límite que asegure que las sanciones no resultan excesivas en comparación con la dimensión efectiva de la infracción, que es a su vez aproximada por el volumen de negocio en el mercado afectado, sin realizar estimaciones precisas del beneficio ilícito

³⁵ Como indican las *Guidelines*, el factor multiplicador se encuentra entre 2-3 cuando el VNT de la empresa está entre 0 y 100 millones de euros; entre 3-4 cuando el VNT está entre 100 y 1.000 millones; entre 4-5 cuando el tamaño está entre 1.000 y 10.000 millones; entre 5-6 cuando el tamaño está entre 10.000 y 100.000 millones; y es superior a 6 cuando el VNT es mayor de 100.000 millones. El valor numérico específico del factor se obtiene en función del tamaño concreto de cada empresa.

ni del daño causado. Por tanto, nunca podría ser utilizado como base para reclamaciones de daños ante los tribunales por los agentes perjudicados por la conducta.

Por otra parte, no cabe duda de que se trata de un caso poco verosímil, porque es poco probable que el mercado afectado por la empresa más grande sea el mismo que el de las empresas más pequeñas. Pero conviene subrayar que, de no ser por el carácter creciente del factor multiplicador a medida que aumenta el tamaño de las empresas, puede comprobarse que la aplicación estricta de este límite de proporcionalidad implicaría que a dos empresas de diferente tamaño que hubieran cometido una infracción de igual gravedad y con un mercado afectado de igual dimensión se les aplicaría el mismo límite en términos monetarios, lo que supondría cierta falta de capacidad disuasoria de las sanciones en el caso de la empresa más grande.

Por último, interesa hacer notar que en el caso de las cuatro empresas más grandes (D-G) el tipo sancionador se reduce, como se muestra en la última columna, y la reducción es mayor cuanto más grande es la empresa. En el caso de la empresa G, el tipo sancionador se reduce desde un 5% hasta un 0,3% del VNT en 2014, aunque la sanción en euros sigue siendo la más elevada. Y sin embargo, la gravedad y el mercado afectado por la infracción son iguales tanto en estas cuatro empresas más grandes como en el caso de las tres empresas de menor tamaño, que son las únicas sancionadas efectivamente con un 5% de su VNT. Por tanto, la aplicación de un límite como el descrito, que asegura la proporcionalidad de las sanciones impuestas a empresas con una amplia actividad fuera del mercado afectado, produce de hecho una pérdida del valor informativo del tipo sancionador, que dejaría de venir determinado exclusivamente por la gravedad y por las otras circunstancias de la infracción.

V. Algunas conclusiones prácticas para la nueva política de sanciones de la CNMC

Ya se ha mencionado anteriormente que ni la LDC ni la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrecen a la CNMC una metodología bien definida para la fijación de sanciones, y de hecho el Alto Tribunal parece ser particularmente consciente de la dificultad de la tarea que se pone en manos de la Autoridad de Competencia. En la segunda sección de este trabajo se han resumido las principales exigencias que, de acuerdo con nuestro criterio, el Supremo impone a la CNMC para asegurar una correcta interpretación de los artículos 63 y 64 LDC. ¿Podría inspirarse la CNMC en las *Guidelines* del BKarA para definir una nueva metodología para la determinación de sanciones que fuera respetuosa con lo exigido por el Supremo?

Las *Guidelines* se basan en una sentencia de su Tribunal Federal que tiene muchos puntos en común con la de nuestro Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, por lo que los principios en los que se inspiran son básicamente compatibles con las exigencias de nuestro Alto Tribunal.

Las directrices alemanas se basan en un arco sancionador definido en función del volumen de negocio total, y recogen explícitamente la necesidad de que las sanciones sean proporcionales y disuasorias, y para ello tienen en cuenta fundamentalmente la dimensión de la concreta infracción cometida y la capacidad de pago o sensibilidad al castigo de la empresa infractora. Estos principios son los mismos que la sentencia del Supremo impone a la CNMC.

De todas formas, de cara a su posible aplicación por parte de la CNMC, varias cuestiones referentes a las directrices alemanas merecen un análisis algo más detallado. En primer lugar, a pesar de que las *Guidelines* consideran un arco sancionador definido en función del volumen de negocio, el BKarA no interpreta que la multa deba ser fijada en términos porcentuales dentro de ese marco de sanciones, y de hecho sus multas se expresan en euros, sin referencia al porcentaje que esa cantidad supone sobre el VNT. Por el contrario, la nueva jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo transmite la impresión de que la sanción, al tener que situarse en ese arco sancionador dependiendo de la gravedad de la infracción y de los otros criterios del art. 64 LDC, debe expresarse como un porcentaje del VNT previo a la multa. Esta postura es quizá más coherente con el fondo de la sentencia, pero plantea problemas de cierta envergadura cuando se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad, especialmente en relación con las empresas que tengan una actividad considerable fuera del mercado afectado.

En segundo lugar, el nuevo marco sancionador basado en el VNT, y la fijación de sanciones en ese arco en función de la gravedad de las concretas infracciones, implica que el BKarA, con el respaldo de sus tribunales, no considera necesario estimar el beneficio ilícito o el daño efectivamente producido por las infracciones por objeto³⁶. De hecho, como se ha visto en el apartado anterior, el beneficio y daño *potenciales* de la infracción –que se asume en general igual al 10% del VNMA– no se utilizan para fijar la sanción, sino para generar un nuevo límite que asegure la proporcionalidad de las multas, por lo que queda claro que no se estiman con precisión los efectivamente producidos. Lo que parece claro es que, si se entiende en sentido amplio –es decir, no vinculado al modelo específico de las directrices alemanas– la utilización de un “límite de proporcionalidad”, que se superpone al límite máximo legal, responde plenamente a la insistencia de nuestro Tribunal Supremo en la adecuación de la sanción a las concretas circunstancias de la infracción.

En tercer lugar, las directrices alemanas concretan el principio de disuasión al considerar la diferente “sensibilidad ante el castigo” de los infractores según la capacidad de pago de la empresa aproximada por el VNT, y lo introducen en la determinación del límite de proporcionalidad haciendo que el factor multiplicador aumente a medida que sea mayor el tamaño de la empresa. Como consecuencia, para una misma infracción, empresas de tamaños muy

³⁶ Aunque no se explicita de esta forma en las *Guidelines*, se entiende que solo serían aplicables a las infracciones por objeto, y no a las infracciones que dependen de que se pongan de manifiesto los efectos anticompetitivos.

diferentes recibirían sanciones mayores o menores sólo en función de su VNT. Las *Guidelines* no justifican cómo fueron seleccionados los valores del factor multiplicador que utilizan para calcular el nuevo “límite de proporcionalidad”, aunque puede aventurarse una explicación recurriendo a la teoría de la sanción óptima que conecta con una de las sugerencias de la sentencia del Tribunal Supremo español.

Como es sabido, la sanción esperada es disuasoria si es igual o superior al beneficio esperado de la infracción; ahora bien, la sanción esperada es la cantidad de la multa multiplicada por la probabilidad de que la infracción sea descubierta y sancionada. Para un mismo beneficio esperado de la infracción, cuanto menor sea la probabilidad de descubrimiento, mayor tendría que ser la cantidad de la sanción para ser efectivamente disuasoria. El menor factor multiplicador de las directrices alemanas es igual a dos, lo que implica que la sanción de las empresas más pequeñas puede llegar hasta el doble del beneficio y daño potenciales de la infracción. Esto implica que se está asumiendo como punto de partida una probabilidad de descubrimiento y sanción del 50%.

A la luz de las conclusiones de la literatura especializada³⁷ parece más prudente asumir como valor de referencia que la probabilidad anual de descubrimiento se situaría entre 15-20%. En consecuencia, el factor de proporcionalidad se situaría entre 5 y algo más de 6. Aplicar una escala entre 2-6 en vez de utilizar siempre un factor de 6 introduce una progresividad de las sanciones en función de la capacidad de pago de la empresa. Pero no hay que olvidar que incluso con un multiplicador de 6 se trata, en todo caso, de un factor de *proporcionalidad*, porque para empresas muy grandes o multiproducto se obtendrá un nuevo límite que casi con certeza será inferior al límite legal, y por tanto moderará la entidad de las sanciones sin perder de vista el objetivo disuasorio.

Finalmente, conviene recordar –como ya se adelantó brevemente al final de la tercera sección– que las *Guidelines* alemanas establecen que el peso que pueda tener un criterio específico en la multa finalmente impuesta depende de cada caso concreto, por lo que no ofrecen pistas adicionales sobre la cuantificación de los criterios de valoración. Luego, en las resoluciones, se explican los factores que han sido tenidos en cuenta, pero tampoco se ofrecen cuantificaciones ni porcentajes que permitan al lector calcular con detalle la sanción a la que llega el BKarA. A la luz del cierto carácter de “caja negra” de las directrices y de las resoluciones en

³⁷ Bryant y Eckart (BRYANT, P.G. y ECKART, E.W.: “Price Fixing: The Probability of Getting Caught”, *Review of Economics and Statistics*, 73, 1991, pp. 531-536) estimaron que la probabilidad anual de descubrimiento y sanción oscilaba entre 13-17%. Combe, Monnier y Legal (COMBE, E., MONNIER, C., y LEGAL, R.: *Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union*, College of Europe, BEER Paper No. 12, March 2008) estimaron que la probabilidad era del 13%, y unos años después Combe y Monnier (COMBE, E. y MONNIER, C.: “Fines against hard-core cartels in Europe: the myth of over-enforcement”, *Antitrust Bulletin*, Vol. 56, No. 2, Summer 2011) concluían que estaba en torno al 15%. Ormosi (ORMOSI, P.L.: “A tip of the iceberg? The probability of catching cartels”, *Journal of Applied Econometrics*, Volume 29, Issue 4, 2014, pp. 549–566) concluyó que menos del 20% de los cárteles son descubiertos. Por fin, Harrington y Wei (HARRINGTON, J.E. y WEI, Y.: *What Can the Duration of Discovered Cartels Tell Us About the Duration of Cartels?*, PIER Working Paper No. 14-042, 2014) estimaron que la probabilidad oscilaba entre el 5-15%.

este ámbito, resulta algo llamativa la rotundidad con la que el documento afirma que la sencillez de la obtención del VNT y del VNMA se traducirá “en una mayor transparencia y predictibilidad de la sanción”. En cualquier caso, se trata de un enfoque razonable, aunque contrasta con la mayor información proporcionada por la Comunicación de multas de la CNC, y también por la que contienen las resoluciones de la CNC y de la CNMC. Cuando la Autoridad de Competencia española se plantee publicar unas nuevas directrices sobre multas tendrá que decidir si –en este tema específico– va a seguir más las *Guidelines* del BKarA o la antigua Comunicación de multas.

En cualquier caso, a la espera de que todas estas cuestiones vayan siendo decididas por la Autoridad de Competencia española, pueden extraerse ya dos conclusiones. Primero, la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo debería poner fin a un largo período de desacuerdo entre la Autoridad de Competencia y la Audiencia Nacional, lo que llevará consigo una considerable reducción de la incertidumbre; de todas formas, una incertidumbre no despreciable seguirá existiendo mientras la CNMC continúa el proceso de fijación de su nueva metodología sancionadora, y algo de incertidumbre continuará existiendo en el caso de que la Autoridad de Competencia sigue el ejemplo del BKarA. Segundo, a pesar de las dificultades que plantea, esta interpretación definitiva de los arts. 63 y 64 LDC concede a la CNMC un margen más que suficiente para poder fijar multas que sean a la vez proporcionales y disuasorias. La responsabilidad de que así sea descansa sobre los miembros de su Consejo.

BIBLIOGRAFÍA y DOCUMENTACIÓN

A) Jurisprudencia y documentos de “soft law”

Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de nuestra Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y de los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la CNC, de 6 de febrero de 2009, disponible en la página web de la CNMC: <http://www.cnmc.es/>.

Directrices del Bundeskartellamt de 25 de junio de 2013 (“*Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren*”), disponible en <http://bit.ly/1CheZul>.

Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02), DO de 1 de septiembre de 2006, disponibles en la web de la Comisión Europea: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901(01)).

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de marzo de 2013, recurso 619/2010, Bodegas Emilio Lustau S.A. (Expediente CNC S/0091/08, *Vinos Jérez*).

Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P, caso *PapierfabrikAugustKoehler AG*, apartado 114.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2013, caso *BCN Aduanas y Transportes S.A.*

B) Bibliografía

ACHENBACH, H.: “Die Kappungsgrenze und die Folgen- Zweifelsfragen des § 81 Abs. 4 GWB“, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, nº 1, 2009, pp. 3-25.

ALFARO, J., “El significado de la referencia al “volumen de negocios total” en el art. 63.1 LDC”, blog *Derecho Mercantil*, de 30 de enero de 2015, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/el-significado-de-la-referencia-al.html>

ALFARO, J., “El límite del 10% del volumen de negocio en las multas por cártel”, blog *Derecho Mercantil*, de 30 de enero de 2015, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/el-limite-del-10-del-volumen-de-negocio.html?pref=tw>

BRYANT, P.G. y ECKART, E.W.: “Price Fixing: The Probability of Getting Caught”, *Review of Economics and Statistics*, 73, 1991, pp. 531-536.

BUNTSHECK, M.: “Die gesetzliche Kappungsgrenze für Kartellgeldbußen. Bedeutung und Auslegung im Lichte der neuen Bußgeldleitlinien von Kommission und Bundeskartellamt”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nº 7, 2007, pp. 423-430.

CACHAFEIRO, F.: “El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 34, 2013-2014, pp. 153-175.

- COMBE, E. y MONNIER, C.: “Fines against hard-core cartels in Europe: The myth of over-enforcement”, *Antitrust Bulletin*, Vol. 56, No. 2, Summer 2011.
- COMBE, E., MONNIER, C., y LEGAL, R.: *Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union*, College of Europe, BEER Paper No. 12, March 2008.
- DANNECKER, G. y BIERMANN, J.: “§ 81 Abs. 4 Satz 2 als Kappungsgrenze oder Bußgeldrahmenbestimmung”, en IMMENGA, U. y MESTMÄCKER, U. (Dirs.): *Wettbewerbsrecht: GWB*, 2007, Rn. 344-345.
- ENGELSING, F.: “Die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission von 2006”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 5, 2007, pp. 470-482.
- GARCÍA-VERDUGO, J.: *Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas*, Documento de Trabajo 48/2015, Serie Política de la Competencia, 2015, pp. 1-15. Madrid: Centre for Competition Policy, Instituto Universitario de Estudios Europeos. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10637/7259>
- HARRINGTON, J.E. y WEI, Y.: *What Can the Duration of Discovered Cartels Tell Us About the Duration of Cartels?*, PIER Working Paper No. 14-042, 2014, disponible en: SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2526324> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526324>
- JUST, N.: “Obergrenze statt Kappungsgrenze- Kartellverstöße demnächst billiger?”, *Deutscher Anwaltspiegel*, nº 14, 10 de julio de 2013, pp. 6-7.
- LILLO, C.: “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 15, 2014, pp. 51-82.
- LOZANO, B.: “El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los criterios de cálculo de las multas de defensa de la competencia: comentario a la STS de 29 de enero de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8497 (2015).
- MARCOS, F. *Blowing hot and cold: the last Word of the Supreme Court on setting fines for Competition Law infringements in Spain*, Working Paper IE Law School, AJ8-220-1, 19 February 2015.
- MEESSEN, K.M.: “Die 7. GWB-Novelle – verfassungsrechtlich gesehen”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 8, 2004, pp. 733-744.
- ORMOSI, P.L.: “A tip of the iceberg? The probability of catching cartels”, *Journal of Applied Econometrics*, Volume 29, Issue 4, 2014, pp. 549–566.
- PÉREZ, P.: “Diferencias entre la política comunitaria, la alemana y la española en materia de multas derivadas de ilícitos anticompetitivos”, de 6 de agosto de 2013, blog *Derecho Mercantil*, disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2013/08/diferencias-entre-la-politica.html>.
- PÉREZ, P.: “El Supremo alemán se separa del Tribunal de Justicia en materia de multas”, de 22 de mayo de 2013, blog *Derecho Mercantil*, disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2013/05/el-supremo-aleman-se-separa-del.html>.