

¿Cómo deben ser y cómo deben calcularse las multas en materia de defensa de la competencia?

El 23 de marzo de 2015 se celebró en la [Fundación para la Investigación sobre Derecho y la Empresa \(Fide\)](#) esta sesión de debate en la que participaron abogados, asesores jurídicos, economistas y magistrados.

Bajo la moderación de **Rafael Allendesalazar**, Socio de Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann Abogados, intervinieron **Juan Delgado**, Director de Global Economics Group, y **Antonio del Moral**, Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

En el presente documento se recogen las conclusiones alcanzadas en la sesión.

El 29 de enero de 2015 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se pronunció sobre la interpretación de los art. 63 y 64 Ley de Defensa de la Competencia que versan sobre la determinación de las sanciones por infracciones de la LDC (Rec. núm. 2872/2013). La Sentencia del Tribunal Supremo aclara la definición y operativa del límite máximo de las sanciones y deja sin efecto la Comunicación de sanciones elaborada por la extinta CNC, al tiempo que proporciona algunos criterios para la determinación de las sanciones por ilícitos antitrust. No obstante, la nueva metodología guiada por el Tribunal Supremo, suscita varias dudas para la determinación de las multas.

En este contexto, los ponentes realizaron un análisis de los principios subyacentes el cálculo de las multas desde distintas perspectivas: la económica y la jurídico-penal, partiendo de la premisa de que ambas persiguen un objetivo común: la disuasión de la conducta que se pretende evitar. El razonamiento, límites y resultados para alcanzar este objetivo observan ciertas similitudes, pero también diferencias sustanciales.

Desde el **punto de vista económico** se llegó a la conclusión, ampliamente asentada en la doctrina económica, de que el cálculo de las sanciones, para cualquier ámbito, deben tener en cuenta dos variables para que puedan tener efecto disuasorio: el beneficio ilícito y la probabilidad de detección.

En el ámbito específico de las infracciones del derecho de la competencia, ambas variables tienen problemas intrínsecos.

(i) el *beneficio ilícito* es difícil de calcular, no solo por los datos (ocultos) que se precisan sino también porque llevan implícita la hipótesis de la ausencia del ilícito. Por esta razón se suelen utilizar proxies o aproximaciones a variables que pueden ser indicativas de este beneficio ilícito, como son el volumen de negocios afectado por la infracción y su duración. En todo caso, las multas que no sean capaces de superar el beneficio ilícito, no tienen capacidad disuasoria, salvo que el infractor pueda esperar adicionalmente otro tipo de consecuencias negativas (reputación, daños punitivos en el ámbito civil, penas de cárcel, etc.).

(ii) la *probabilidad de detección* también es muy difícil de determinar. En primer lugar, porque no se conoce la población (cuantos infractores) y en segundo lugar porque la Administración cuenta para la detección con recursos limitados. Por eso, normalmente las autoridades de competencia suelen utilizar un coeficiente determinado sobre el beneficio ilícito para que exista el efecto disuasorio.

La Comunicación de sanciones adoptada por la CNC en 2009, describía un procedimiento para el cálculo de las multas por infracciones del Derecho de la Competencia siguiendo una estructura acorde con la teoría económica y similar al que existe en otros países de nuestro entorno. No obstante, como se ha avanzado, la Comunicación ha sido invalidada por el Tribunal Supremo al tiempo que proporcionaba criterios más cercanos al ámbito penal, de mayor tradición en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista de la **dogmática jurídico-penal**, en la sesión se recordó en primer lugar que, pese a las diferencias entre el ámbito del derecho administrativo sancionador y del derecho penal, cada vez se van acercando más en sus postulados sancionadores, sobre todo desde la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal de 2010, en la medida en que la única pena obligatoria para las personas jurídicas es la multa pecuniaria (las demás penas posibles: disolución de la empresa, suspensión de actividades, etc. son facultativas del juez).

3

Así, los criterios del derecho penal para la imposición de la pena no se alejan tanto de los del derecho administrativo sancionador, como son, la gravedad de los hechos, la proporcionalidad de la pena (ie. representado por un multiplicador por el valor de la cuantía del delito, para que éste no resulte rentable), y la capacidad económica del infractor (aunque este criterio se emplea con carácter marginal cuando no es posible determinar el valor determinado del delito, ie. en el caso de las multas diarias).

No obstante, la multa *penal* lleva aparejada un estigma reputacional muy importante que determina un mayor poder disuasorio de las mismas, además de percibirse como multas más duras, más inevitables y más inmediatas que las administrativas.

Pese a su mayor importancia en términos de impacto en la esfera jurídica y personal de los afectados, desde el ámbito penal se considera a sus multas más toscas y rudas e incluso se sugiere que sea la dogmática jurídico-penal la que se refiera al ámbito administrativo sancionador para el cálculo y motivación de las multas, en la medida en que ahí están mejor matizadas.

Y es que, en la apreciación de los criterios para la imposición de la multa, el juez penal goza de un amplio margen de apreciación. Por ejemplo, en lo que se refiere a la proporcionalidad de la sanción, no existe un elemento concreto que determinen si el juez debe aplicar un múltiplo del doble, triple o incluso del quíntuplo sobre el valor de la infracción para confiscar el beneficio ilícito.

La diferencia parece estribar precisamente en el margen de apreciación que se reconoce a los jueces en el ámbito penal y que no se reconoce las autoridades administrativas en el ámbito administrativo sancionador español (sí en el comunitario, donde la potestad sancionadora de la Comisión Europea se asemejaría más en este punto al de los jueces penales).

Desde este punto de vista, el problema que subyace a la cuantificación de las sanciones por infracciones del derecho de la competencia es que el procedimiento administrativo sancionador aplicable deja muy poco margen de apreciación a la autoridad administrativa (en otros ámbitos, se delimita con precisión la conducta y la sanción que lleva aparejada). Sin embargo, en el ámbito de la defensa de la competencia, la Ley quiso acercarse al sistema europeo que, como nuestro derecho penal, dota de un mayor margen de apreciación a la autoridad que sanciona.

La solución del TS por tanto realiza una interpretación del artículo 63 de la LDC más acorde con nuestro ordenamiento jurídico pero que podría haberse quedado a medio camino entre uno y otro sistema, en detrimento de la seguridad jurídica de los operadores. Las opciones por tanto estribarían entre acercar definitivamente el régimen sancionador español por infracciones de competencia al derecho comunitario o legislar para la adopción de un derecho administrativo español específico para infracciones de las normas de competencia.

*Vera Sopeña, Abogada especializada en Derecho de la Competencia. Ha sido asesora del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, asesorando al Presidente, su Gabinete y el Consejo de esta entidad, ahora integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Anteriormente trabajó en el Departamento de Derecho de la Competencia y Derecho Comunitario de Garrigues, tanto en su oficina de Madrid como en la de Bruselas. Es Licenciada en la especialidad Jurídico-Comunitario de la Universidad San Pablo CEU; investigadora doctoral de la Facultad de Derecho de la UAM y realizó un Máster en Derecho, LLM, en la Universidad de Chicago, en EEUU. Miembro de los Colegios de Abogados de Nueva York y de Madrid, y es autora de varias publicaciones en el ámbito de su especialidad.