

Nota sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, Asunto BCN Aduanas y Transportes S.A.

En una [esperada sentencia](#), el Tribunal Supremo ha examinado la legalidad de la metodología empleada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para la determinación del importe de las sanciones. La sentencia concluye que el sistema de cálculo, recogido en una Comunicación adoptada en febrero de 2009, es contrario a la Ley de Defensa de la Competencia.

1. Introducción

El pasado 29 de enero de 2015, el Tribunal Supremo ("TS") adoptó la primera de las esperadas sentencias sobre los criterios que ha de seguir la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la fijación de sanciones por violación de las normas de competencia.

La sentencia trae causa del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra una sentencia de la Audiencia Nacional que había anulado, en cuanto a la cuantificación de la multa, la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia ("CNC") de 1 de diciembre de 2011 en el asunto conocido como "el cártel de los transitarios". En dicho asunto, la Audiencia Nacional confirmó los pronunciamientos de la resolución respecto de la acreditación y calificación de la conducta examinada. No obstante, la mayor parte de los Magistrados de la Sala consideraron que la cuantificación de la multa infringía las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que ordenaron a la CNC que fijara un nuevo importe ajustado a los principios que definieron en su sentencia.

Concretamente, la mayor parte de los magistrados de la Audiencia Nacional entendió que el método de cálculo descrito en la comunicación adoptada por la CNC el 6 de febrero de 2009 era contrario a Derecho por dos razones principales: por su mecánica, que relegaba el límite legal de las sanciones a un "umbral de nivelación" en el sentido que seguidamente se explica; y por cuanto se tomaba como base para cálculo las ventas totales de las empresas y no, como entendían los magistrados en base al principio de proporcionalidad, las ventas en el mercado concretamente afectado por la conducta ilícita.

En relación a lo primero cabe observar que la comunicación de cálculo de multas adoptada por la CNC calcula la sanción para prácticas horizontales a partir del volumen de ventas de la empresa partícipe en el "mercado afectado", ponderando la duración de prácticas de forma que los ejercicios anteriores tengan menor peso que los más recientes. A la cifra resultante de esa metodología se le aplica, en su caso, el límite legal del 10% de las ventas como "umbral de nivelación", esto es, como límite absoluto cuyo efecto se considera únicamente tras haberse calculado la sanción por el método recogido en la Comunicación.

El sistema que acaba de esbozarse (comunicación que fija una metodología basada en criterios definidos por la autoridad con elevado grado de detalle y ulterior aplicación del límite legal como "umbral de nivelación") es semejante al que emplea la Comisión Europea en la aplicación de las disposiciones europeas en este campo, habiendo sido reiteradamente avalado por los

Tribunales de la Unión Europea. No obstante, el 26 de febrero de 2013 el Tribunal Federal alemán consideró que este sistema de aplicación era contrario a la constitución alemana, obligando a la autoridad de competencia a revisar sus directrices sobre multas. Las directrices adoptadas el 25 de junio han corregido esta situación.

La sentencia ahora dictada por el Tribunal Supremo, sin citar la sentencia alemana, sigue su misma lógica, entendiendo que no cabe convertir el límite legal del 10% de las ventas en un "umbral de nivelación" (expresión comúnmente empleada en este sentido, y que la sentencia critica).

La segunda de las objeciones de los magistrados que expresan la posición mayoritaria de la Audiencia Nacional consistía en entender que la expresión "volumen de ventas total" contenida en la Ley debía leerse como "volumen de ventas en el mercado afectado", a fin de evitar una infracción al principio de proporcionalidad, especialmente ante empresas multiproducto. La sentencia ahora adoptada rechaza este planteamiento, a la vez que reclama una aplicación de la disposición que tenga en cuenta el principio de proporcionalidad, ofreciendo algunas indicaciones sobre la forma en que esto puede llevarse a efecto.

Los elementos más destacados de la sentencia se resumen a continuación.

2. Contenido esencial de las disposiciones sobre cálculo de multas

La sentencia parte de considerar que las disposiciones de la Ley sobre límite máximo de las sanciones no fijan únicamente el máximo de las mismas, sino la horquilla de la sanción, dentro de la cual debe fijarse la eventual multa de forma motivada y en aplicación de los criterios que define la Ley. Leemos así en su FD Quinto:

La interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007- denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (...)

Expresamente descarta la sentencia que ese límite pueda emplearse como un "umbral de nivelación" en el sentido ya recordado, diciendo:

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. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.

Además de considerar que el empleo del límite legal como “umbral de nivelación” no se corresponde con lo que la Ley establece, la sentencia expresa dudas sobre la conformidad al sistema constitucional de dicha utilización, como ya ha hecho el Tribunal Federal alemán (al que no cita expresamente):

Basta a estos efectos recordar que las garantías constitucionales (artículo 25.1) respecto de la predeterminación de las sanciones administrativas en términos taxativos harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley, y a tales efectos, un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. Un sistema que no fijase aquella escala y sólo contuviese una previsión para después atemperar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales.

3. Sobre la legalidad de las directrices sobre cálculo de multas

Dado que la metodología de cálculo que relegaba al límite legal a la función de “umbral de nivelación” se recoge en una comunicación formalmente adoptada por la CNC, la sentencia del TS entiende necesario pronunciarse sobre la legalidad de este instrumento jurídico cuya utilización se ha generalizado en nuestro entorno desde la adopción por la Comisión Europea de sus directrices en enero de 1998.

A este respecto, la sentencia parece reconocer que, en Derecho español, es posible la adopción de instrumentos de esta naturaleza, si bien los mismos no podrán modificar “la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla”:

En fin, aun cuando se admitiera una cierta colaboración reglamentaria (artículo 129.3 de la Ley 30/1992) para “introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de [...] sanciones establecidas legalmente”, que contribuyan “a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”, los reglamentos no podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla. Y de modo específico en el caso de las sanciones en materia de defensa de la competencia el Reglamento aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, simplemente no contiene preceptos aplicables a ellas, sin que tampoco se hayan atribuido a la Comisión Nacional de Competencia potestades reglamentarias en la materia, careciendo de esta naturaleza y de carácter vinculante ad extra sus comunicaciones.

4. Volumen de ventas total y volumen de ventas en el mercado afectado. El problema del principio de proporcionalidad

Como ya se ha recordado, la sentencia recurrida había considerado que, por aplicación del principio de proporcionalidad, sería incorrecto que las sanciones emplearan como criterio el “volumen de ventas total” en lugar del volumen de ventas del mercado eventualmente afectado.

La sentencia del Tribunal Supremo reconoce que “**la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable**”, pero llega a la conclusión que el Legislador ha fijado como criterio el del volumen de ventas total, sin que dicho criterio sea en sí mismo inconstitucional. Dice a este respecto:

(...) cuando el legislador de 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 (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), 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. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción.

Dicho lo anterior, y consciente del riesgo de contradicción entre la disposición referida y el principio de proporcionalidad, propone a la autoridad de aplicación una toma en consideración de las ventas en el mercado afectado al señalar lo siguiente:

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.

(...) Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

(...) Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007.

El TS no ignora el problema que plantea que las reglas para la determinación del importe máximo de la sanción estén basadas en las ventas totales en lugar del tamaño del mercado afectado, problema a que intentaba dar respuesta la posición mayoritaria de la Audiencia Nacional. A este respecto señala:

Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la competencia, por un lado, con las derivadas -y también insoslayables- del principio de proporcionalidad, por otro. Quien tiene la competencia para ello deberá valorar 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, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.

A pesar de ser consciente de esa dificultad, cabe entender que el TS no considera que la misma impida a la autoridad o a los Tribunales dar cumplimiento a los principios que el TS entiende que derivan de la Ley. Ello explica que, en su FD Décimo, ordene a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") que recalcule la sanción teniendo en cuenta los criterios ya expuestos.

5. Observaciones finales

La sentencia del TS obliga a una profunda reconsideración de la metodología seguida entonces por la CNC y ahora por la CNMC en la determinación del importe de las sanciones. En particular, el empleo del límite del 10% de las ventas como “umbral de nivelación” que se aplicaría tras haberse determinado una cifra distinta, se estima contrario a Derecho e, incluso, probablemente inconstitucional. Los límites legales (del 1%, 5% y 10%) deberán todos ellos ser estimados como límite máximo; esto es, **“han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”**

La sentencia es poco precisa sobre la manera en que deberán ponderarse los demás elementos que contempla el artículo 64 de la Ley; esto es:

- (a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- (b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.
- (c) El alcance de la infracción.
- (d) La duración de la infracción.
- (e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- (f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
- (g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Sí parece claro que estos elementos deberán ser individualmente valorados a fin de establecer un importe de la sanción dentro de la horquilla legal, proceso que podría, inicialmente, concretarse por tres vías: por la autoridad de aplicación en el caso concreto (como la propia sentencia impone para el supuesto que examina); por el Legislador a través de un desarrollo de la Ley, idea que la sentencia también recoge expresamente, o en tercer lugar, mediante una nueva comunicación de sanciones, que sin embargo deberá evitar los defectos que la sentencia identifica en la adoptada el 6 de febrero de 2009.

Más información:

Marcos Araujo

Socio responsable del departamento de Derecho de la Competencia

marcos.araujo@garrigues.com

T +34 91 514 52 00

Susana Cabrera

Socia

susana.cabrera@garrigues.com

T +1 212 751 9233

Luis Ortiz

Socio

luis.ortiz.blanco@garrigues.com

T +34 91 514 52 00

Lluís Cases

Socio

lluis.cases@garrigues.com

T +34 93 253 37 00

