

# Proporcionalidad y disuasión en la fijación de las multas por infracciones de competencia. Alternativas tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

PENDIENTE DE PUBLICACIÓN EN PAPELES DE ECONOMÍA (FUNCAS)

Carlos Pascual Pons<sup>1</sup>

*KPMG Competition Economics*

## Resumen

Este artículo analiza la situación creada tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 en relación con la política de fijación de sanciones por infracciones de competencia en España. El Tribunal Supremo identifica la existencia de un potencial conflicto entre el objetivo de disuasión y el principio de proporcionalidad. El artículo defiende que dicho potencial conflicto es causa del particular diseño del texto legal en España y no de los principios teóricos sobre el cálculo de la sanción óptima que inspiran la política de sanciones en buena parte de las jurisdicciones. El conflicto se podría salvar con una correcta atribución de funciones a cada una de las métricas o escalas empleadas en las normas sancionadoras. A partir del análisis de cuál está siendo la reacción a la que ha sido abocada la autoridad de competencia (CNMC) tras la Sentencia, el artículo concluye que la opción más razonable para mejorar la transparencia y predictibilidad pasaría por modificar la Ley de Defensa de la Competencia.

**Palabras clave:** derecho de la competencia, sanciones, proporcionalidad, disuasión, cálculo multa óptima

## Executive Summary

This article examines the situation created in Spain after the Supreme Court ruling of January 29, 2015 in relation to the setting of fines for infringements of competition law. The Supreme Court found a potential conflict between the objective of deterrence and

---

<sup>1</sup> La opinión expresada en este artículo es a título individual y no representa necesariamente la postura de KPMG. Cualquier fallo es responsabilidad exclusiva del autor.

the principle of proportionality. This article argues that this potential conflict arises because of the particular design of the statute in Spain, but is not grounded on the theoretical principles on the calculation of optimal sanctions that inspire the policy in most antitrust jurisdictions. The conflict could be saved with proper allocation of functions to each of the scales or metrics used in punitive rules. From the analysis of what is being the reaction of the competition authority (CNMC) following the judgment, the article concludes that the most sensible option to enhance transparency and predictability would be to amend the Competition Law.

**Keywords:** Competition policy, setting of fines, proportionality, deterrence, optimal sanctions.

**JEL Codes:** K13, K21, K42, L49

## Introducción

Tanto el diseño de la política de defensa de la competencia como su aplicación práctica por las instituciones protagonistas están sujetos, por lo general, a una constante evolución. Varias novedades han afectado recientemente de manera singular al devenir de este instrumento de política económica en nuestro país. La más obvia se ha producido en el campo institucional donde la Ley 3/2013<sup>2</sup> ha venido a cambiar la configuración y funcionamiento de la autoridad de competencia, sustituyendo a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) por la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Esta nueva institución hereda y aúna en un mismo organismo las funciones de varios entes reguladores sectoriales con las de autoridad de competencia. Las ventajas y problemas que esta nueva configuración conllevará han sido ampliamente debatidas, pero cabría afirmar que todavía es pronto para juzgar los resultados en términos de capacidad para lograr los resultados que se marcaron con su creación.

En relación con la aplicación práctica son varias las novedades. En primer lugar, la reciente aprobación de la nueva Directiva<sup>3</sup> de daños en materia de competencia, que

---

<sup>2</sup> Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>3</sup> Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

tendrá que trasponerse al ordenamiento español antes de 2017, supondrá un mayor protagonismo para las acciones privadas y la involucración de los órganos jurisdiccionales en aplicación de la normativa de competencia. Otro cambio notable es el impacto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015<sup>4</sup> tendrá sobre la forma en la que se calculan las sanciones por infracciones de la normativa, siendo éste uno de los más importantes, sino el más, instrumento con los que cuenta la política de defensa de la competencia para la consecución de sus fines.

Tras la sentencia la CNMC ha visto cómo quedaba invalidada la Comunicación de Multas<sup>5</sup> publicada en el año 2009 por su predecesora y ha tenido que adaptar su política de cálculo de sanciones para encajar como mejor entiende los planteamientos realizados por el Alto Tribunal. El presente artículo analiza, desde una perspectiva no jurídica y con una vocación constructiva, la nueva situación que debe afrontar la CNMC y pretende ofrecer alguna pista sobre cuál está siendo su curso de acción, con el objetivo, en última instancia, de contribuir al debate de cómo mejor diseñar este importante instrumento.

Para ello, este artículo se divide en 5 apartados. El primero de ellos analiza cuál es la nueva situación creada tras la Sentencia y las opciones existentes. El segundo apartado repasa cuáles son los principales principios teóricos y sus manifestaciones empíricas de la política de cálculo de multas para las infracciones de competencia. El tercer apartado realiza una reflexión sobre la compatibilidad o conflicto entre los objetivos de disuasión y proporcionalidad. Posteriormente, el cuarto apartado analiza cuál está siendo la práctica que ha decidido emprender la CNMC para adaptarse a la nueva situación. El artículo finaliza con un quinto apartado que incluye la que sería, en mi opinión, la mejor alternativa para estabilizar la práctica de fijación de sanciones.

---

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2015. Recurso 2872/2013. Sala de lo Contencioso, Sección 3ª.

<sup>5</sup> Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. (BOE de 11 de febrero de 2009)

## 1. Ante una nueva situación creada por la STS de 29 de enero de 2015

Este artículo no pretende, ni su autor se atreve, realizar un análisis jurídico de la Sentencia. Las principales implicaciones<sup>6</sup> de la misma en relación con el método de fijación de sanciones son las siguientes:

- i. La interpretación por parte de la autoridad de competencia de los mecanismos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC, en adelante) no es compatible con los principios sancionadores del ordenamiento jurídico español que deben inspirar todas las normas con carácter punitivo. Básicamente, el Alto Tribunal recuerda que toda Ley con carácter sancionador debe establecer claramente cuáles son las sanciones mínimas y máximas asociadas a cada tipo de infracción. En concreto, según el F.D. Quinto: *“La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador.”*
- ii. La práctica de cálculo de multas con un enfoque “de abajo hacia arriba”, que venía realizando la autoridad de competencia, reflejada en su Comunicación, de considerar los límites del Artículo 63 de la LDC como umbrales máximos o topes no es compatible con el ordenamiento interno, por mucho que encuentre analogía en el derecho comunitario. Dichos límites deben considerarse e interpretarse como una escala con sanciones máximas en función de la gravedad que determinan un arco sancionador en el cual debe individualizarse la sanción para cada empresa. De este modo, el TS establece un nuevo método que debería aplicarse de naturaleza “de arriba hacia abajo”. Así en el mismo F.D. Quinto, la Sala señala: *“Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de*

---

<sup>6</sup> La Sentencia viene a casar y, por tanto, cerrar un debate que se había abierto tras diversas sentencias de la Audiencia Nacional que realizaban una interpretación alternativa a los principios sancionadores de la LDC que venía aplicando la autoridad. (Sopeña y Otero 2013), (Lillo 2014) (Cachafeiro 2013-2014) y (García-Verdugo 2015) analizan las implicaciones económicas y jurídicas de dicha de interpretación.

*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.” (Subrayado añadido)*

De este modo, la autoridad de competencia se ha encontrado con su política de cálculo de multas invalidada. En el apartado cuarto de este artículo se analiza cuál está siendo la respuesta de la autoridad para adaptarse a la Sentencia. Sin embargo, como se verá no parece que sea una situación sostenible. Algunos análisis apuntan a que la Sentencia conllevará una mayor incertidumbre sobre la cuantía de las multas (Marcos 2015). Aunque cualquier cambio merece una reacción meditada, caben, en términos generales, dos opciones:

- a) Publicar una nueva Comunicación que proporcione y sistematice las necesarias indicaciones sobre el proceso de cálculo de sanciones. El contar con dichas indicaciones se antoja necesario por cuanto que contribuye a reforzar la eficacia de las sanciones al dotarlas de mayor predictibilidad y transparencia. De hecho, el mismo Tribunal Supremo reconoce que la existencia de orientaciones es un ejercicio loable.
- b) Modificar la Ley para adaptarla a las nuevas circunstancias y lograr una mejor compatibilidad entre los mecanismos sancionadores y los objetivos de la LDC, siguiendo una suerte de sugerencia que realiza el Tribunal.

*“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 concurrencia, 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 aquella no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el*

*elogiable de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.” (F.D. Noveno)*

Parece que el Tribunal, consciente de la encrucijada en la que deja a la práctica de imposición de multas, sugiere al legislador que medite sobre si resulta apropiado modificar las reglas. Parece, igualmente, que dicha encrucijada se produciría por la teórica dificultad de conciliar bajo el texto legal la eficacia disuasoria del instrumento de las sanciones con el principio de proporcionalidad. El apartado tercero de este artículo explora dicha supuesta incompatibilidad.

## 2. Principios teóricos y prácticos para el cálculo de sanciones por infracciones de competencia

Existe una abundante literatura sobre los criterios teóricos que deben inspirar el cálculo de sanciones óptimas para alcanzar los objetivos del derecho de la competencia<sup>7</sup>. Asimismo, también son numerosos los estudios sobre la aplicación práctica de la política de sanciones por las distintas jurisdicciones que analizan si éstas son capaces de lograr los objetivos que se han marcado<sup>8</sup>. El propósito de este apartado es enumerar los principios teóricos más relevantes y describir cuál son las manifestaciones más aceptadas en la práctica.

### *a. Las multas o sanciones son el principal instrumento para lograr la disuasión de comportamientos anticompetitivos.*

El encaje de las sanciones pecuniarias a las empresas infractoras como instrumento al servicio de la política de defensa de la competencia parte de la necesaria consideración de cuáles son objetivos perseguidos. Aunque existe un cierto debate<sup>9</sup> sobre cuál es el

---

<sup>7</sup> Los trabajos originales se deben a (Landes 1986), que desarrolla el marco conceptual definido por Becker, G. (1968): “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy* 76. Para trabajos más recientes, ver (Wils 2006) o el análisis de (Connor y Lande 2012).

<sup>8</sup> (Connor 2007) con datos sobre las sanciones públicas y privadas de más de 250 cárteles internacionales entre 1990 y 2005 concluye que solo las multas impuestas en un 10% de los casos estarían dentro del rango óptimo disuasorio. (Smuda 2014) llega a la conclusión de que las multas no cumplen su función disuasoria para el caso de la UE, utilizando una sub-muestra de 191 casos europeos y varios supuestos acerca de la probabilidad de detección. (Combe y Monnier 2011) realizan un ejercicio similar para 64 cárteles en la UE en el periodo 1975-2009, llegando a la conclusión de que las multas impuestas por la Comisión UE no son disuasorias bajo diversos supuestos de probabilidad de detección.

<sup>9</sup> El debate sobre los objetivos perseguidos afecta a cómo definir la sanción óptima. Así, se podrían identificar dos corrientes. Una primera, implícita en los trabajos pioneros de (Landes 1986) y a la escuela

objetivo concreto del derecho antitrust, más en el plano teórico y en la aplicación concreta de alguna de las reglas, existe un amplio consenso acerca de la idoneidad del instrumento de las sanciones para lograr sus principales objetivos<sup>10</sup>, especialmente del primero de ellos: 1) la disuasión de comportamientos anticompetitivos; y 2) la reparación de los efectos producidos por dichos comportamientos.

Cada jurisdicción diseña sus instrumentos disponibles con el objetivo de lograr los objetivos de disuasión y reparación en la proporción y medida que entienda adecuada. El consenso acerca de la importancia de las sanciones es aún mayor en la Unión Europea, sus Estados miembros y el resto de jurisdicciones donde el protagonismo en la aplicación de las reglas recae sobre una autoridad pública, frente a jurisdicciones, como EEUU, en las que son los tribunales a través de acciones privadas las protagonistas y donde éstas asumen una parte importante de la función disuasoria<sup>11</sup>. En Europa, por el contrario, parece claro, especialmente tras la aprobación de la Directiva de daños que existe una clara atribución de responsabilidades: la aplicación pública debe a través, fundamental pero no exclusivamente, de las sanciones disuadir comportamientos anticompetitivos, mientras que serán las acciones privadas las que logren compensar a los perjudicados. Así de claro lo explica la propia Comisión Europea<sup>12</sup>:

*“The Directive is aimed at fully compensating those who suffered harm. Unlike in some other jurisdictions, the European approach does not conceive private damages actions as a tool for punishment and deterrence of those who breach antitrust rules. This remains the responsibility of competition authorities, both at*

---

de Chicago, que bajo el objetivo de maximizar el bienestar total abogaría por que las sanciones llevaran a los potenciales infractores a internalizar el coste neto causado a la sociedad, de modo que no cometiesen aquellas infracciones con un coste neto total negativo. La segunda corriente parte de un objetivo maximizador del bienestar de los consumidores y tiene en cuenta las transferencias de renta infligidas a las víctimas de las infracciones, especialmente a los consumidores, de modo que aboga por una sanción disuasoria calculada a partir del daño causado; siendo ésta última la filosofía imperante en la mayoría de jurisdicciones.

<sup>10</sup> Sobre el amplio consenso, ver International Competition Network (ICN, 2008): “*Setting Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*”, presented to the 7<sup>th</sup> ICN Annual Conference, Kyoto.

<sup>11</sup> Para una descripción y reflexión acerca del modelo privado ver el capítulo 3: “*The promises and hazards of private antitrust enforcement*” en (Hovenkamp 2005)

<sup>12</sup> Memorandum de la Comisión Europea de 17 de abril de 2014 que acompaña la publicación de la Directiva de Daños. “*Antitrust: Commission proposal for Directive to facilitate damages claims by victims of antitrust violations. – F.A.Q.*”

*the EU and national levels, which find, investigate and sanction infringements in the public interest (public enforcement).”*

Aunque en el fondo, no se trata de compartimentos estancos, ya que tanto las sanciones como otros instrumentos de las autoridades permiten lograr cierta reparación. Así, las primeras contribuyen al objetivo de evitar el enriquecimiento ilícito de los infractores, mientras que la autoridad tiene poder para imponer remedios o medidas cautelares, que tienden a corregir los efectos de las prácticas dañinas. De forma complementaria, no cabe duda que la aplicación privada contribuye igualmente a mejorar los niveles de disuasión.

*b. La fórmula de la sanción óptima para lograr la disuasión debe modificar los incentivos de los potenciales infractores de modo que no sea más rentable infringir que cumplir.*

Siendo las multas el principal instrumento para lograr la disuasión y suponiendo que éstas son el único instrumento pecuniario al que se enfrentan los potenciales infractores, éstas deben calcularse de modo que la sanción haga que los costes esperados de la infracción superen a los beneficios esperados de la misma. De este modo, la sanción óptima responde a la siguiente fórmula:

El beneficio esperado de la infracción en el momento de decidir su comisión debe ser menor que la multa esperada en dicho momento multiplicada por la probabilidad de ser detectado y efectivamente sancionado.

No obstante, para el correcto cálculo de la cuantía que disuade eficazmente deberían tenerse en cuenta el conjunto de instrumentos con los que cuenta el sistema de defensa de la competencia y que incluyen desde los efectos adversos de la publicidad de las infracciones, pasando por las compensaciones pagadas por daños y perjuicios y hasta las eventuales sanciones personales.

*c. El principio de proporcionalidad impone ciertas limitaciones al diseño de una política de multas óptima.*

En la fórmula de la multa óptima juega un importante rol la probabilidad de ser detectado y efectivamente sancionado. De modo que si dicha probabilidad es escasamente un 10%, la multa óptima debería multiplicar por lo menos por 10 el beneficio ilícito esperado de la infracción. En teoría, el mismo carácter disuasorio se

podría alcanzar con distintas combinaciones de múltiplos sobre el beneficio ilícito y de probabilidad de detección y sanción; de forma que en el extremo sería óptimo una multa muy elevada con una baja probabilidad de detección. Teniendo en cuenta que la aplicación de los instrumentos de detección y sanción tiene un coste y que la probabilidad depende de la eficacia del propio sistema sancionador, la opción extrema de multas elevadas podría estar cargando un coste muy elevado sobre los pocos infractores sancionados. Dicha opción no sería compatible con la necesaria proporcionalidad entre las sanciones y la infracción, que inspira, o debe inspirar, todo régimen sancionador<sup>13</sup>. Es decir, la proporcionalidad desde esta perspectiva exigiría que la multa individualmente calculada guarde relación con el beneficio ilícito obtenido o con el daño causado.

*d. El beneficio ilícito encuentra su aproximación más practicable en un múltiplo de las ventas afectadas por la infracción.*

El ejercicio del cálculo de la sanción óptima en la práctica debe sacrificar cierto rigor en el cálculo del beneficio ilícito esperado en aras de lograr un método practicable. El beneficio ilícito esperado no es susceptible de un cálculo exacto, ni siquiera por el propio infractor. Por ello, la autoridad debe recurrir a aproximaciones a dicho valor. La aproximación más extendida es usar un múltiplo del sobreprecio o sobrecoste; medida que se beneficia de los numerosos estudios empíricos que han estudiado y cuantificado dicho efecto en los casos más importantes de cárteles sancionados<sup>14</sup>. El sobreprecio hace referencia al incremento en los precios logrados por los infractores durante la infracción, generalmente en casos de cárteles. La mayoría de los estudios encuentran un sobreprecio en el rango del 10 al 35%, dependiendo de diversas variables propias de

---

<sup>13</sup> Tal y como reza el Artículo 49.3 de la Carta Europea de los Derechos Humanos: “La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.” Nuestra legislación en materia de potestad sancionadora administrativa recoge también este principio en el Artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>14</sup> Entre otros, cabe destacar (Connor 2010) que realiza una actualización de sus trabajos previos: (Connor 2007), (Connor y Bolotva 2006) y encuentra que el sobreprecio mediano para todo tipo de cártel incluido en la muestra es del 23%, mayor para los internacionales (30%) y menor para los domésticos (17%). Un estudio específico para los cárteles en la UE se puede ver en (Smuda 2014), que parte de los mismos datos que Connor y que es citado por la propia CNMC en sus últimas resoluciones a la hora de justificar sus cálculos. Los valores son encontrados por este estudio son de unos sobrecostes medio y mediano del 20,7% y 18,37%, respectivamente.

la naturaleza del cartel, como la duración, el carácter internacional, el sector de producción o el área geográfica concernida.

Utilizar, por tanto, un múltiplo de las ventas afectadas conlleva, sin duda, alguna limitación, pero resulta la opción más práctica, compatible además, suponiendo una correcta aplicación individualizada, con el principio de proporcionalidad, como lo demuestra su uso en las principales jurisdicciones<sup>15</sup>.

*e. Casi todas las principales autoridades de competencia a nivel internacional siguen un esquema similar que parte de una aproximación al beneficio ilícito a partir de un múltiplo del volumen de ventas afectado, imponiendo un límite superior que evite efectos indeseados derivados de la multa.*

Partiendo del múltiplo sobre las ventas afectadas por la infracción, la práctica habitual de la mayor parte de autoridades consiste en aplicar a dicho porcentaje una serie de ajustes que tengan en cuenta las circunstancias individuales de cada infracción. De este modo, el porcentaje suele ser aumentado ante la presencia de factores agravantes, como reincidencia o rol de liderazgo entre los participantes; o se puede reducir ante la presencia de factores mitigantes, como colaboración, cesación de la infracción o participación reducida.

Por último<sup>16</sup>, el importe calculado aplicando un multiplicador a las ventas afectadas, modulado por las circunstancias individuales suele toparse con un límite máximo que permita que la multa podrá ser pagada o, de forma inversa, que evite que la incapacidad de pago genere efectos indeseados. Entre dichos efectos se encontrarían los daños causados a empleados de la empresa, a clientes o a proveedores e, incluso, a la competencia, como consecuencia de la desaparición de la empresa sancionada.

En suma, la práctica habitual<sup>17</sup>, que se inspira en el cálculo de la sanción óptima practicable y compatible con el principio de proporcionalidad, conlleva un ejercicio de

---

<sup>15</sup> Algunos autores, como (Heimler y Mehta 2012), consideran que la teoría económica y las herramientas disponibles permitirían pasar a utilizar otras magnitudes en apoyo al volumen de ventas afectadas, como las cuotas de mercado, la elasticidad de la demanda y el tipo de infracción para una mejor aproximación a la sanción óptima.

<sup>16</sup> No se ha tenido en cuenta el papel que juegan las políticas de clemencia.

<sup>17</sup> El informe de la ICN citado en la nota 10 evidencia que se trata precisamente de la metodología más habitual. También es el método propuesto en el seno del Foro de Autoridades Europeas de Competencia (ECA) en el documento presentado en su reunión de 2008: "Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust Law, Principles for Convergence".

cálculo de “abajo hacia arriba” que parte de un múltiplo sobre las ventas afectadas por la infracción, como mejor aproximación al beneficio ilícito esperado por el infractor, se individualiza a través de diversos ajustes para tener en cuenta las circunstancias particulares; y, finalmente se topa con un límite que evite la incapacidad de pago.

### 3. ¿Existe un conflicto entre capacidad de disuasión y el principio de proporcionalidad?

En los apartados previos se ha podido constatar que:

- i. Primero, el Tribunal Supremo reconoce que es difícil conciliar la eficacia disuasoria del sistema de sanciones con el cumplimiento del principio de proporcionalidad.
- ii. Y segundo, a juzgar por la práctica de la mayoría de jurisdicciones, dicha conciliación sí es posible, siempre que por proporcionalidad entendamos la necesaria equivalencia entre la sanción y el daño causado o beneficio ilícito obtenido individualmente considerado.

Bajo mi punto de vista, parece que el reproche más evidente que realiza el Tribunal Supremo al sistema usado por la autoridad española radica en el cálculo de la sanción a partir de unas variables (volumen de ventas afectadas) que no estaban predeterminadas y baremadas en el texto normativo, infringiendo el necesario respecto al principio de predeterminación de las sanciones.

Si la no predeterminación fuera el único problema, la discusión sobre la proporcionalidad estaría fuera de contexto. Sin embargo, es cierto que en las discusiones y debate abierto en torno a la práctica sancionadora de la autoridad de competencia, se introduce otra acepción o ángulo del principio de proporcionalidad. Se trata del principio de igualdad de trato entre infractores por infracciones similares.

El Alto Tribunal parece que, de algún modo, es sensible a estas reflexiones ya que al describir el sistema que venía empleando la autoridad señala (FD Quinto):

*“La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el “importe básico de la sanción” sin sujeción a escala*

*alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes -que pueden ser, obviamente, varias- se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios."*  
(Énfasis añadido)

Es decir, el Tribunal, reprochando la falta de predeterminación como origen del problema, viene a atribuir un sesgo al alza en el método de fijación de las sanciones, pero no cuantifica ni relaciona cuáles son los casos en los que se ha producido, ni siquiera detalla cómo se ha vulnerado el principio de igualdad de trato en el caso concreto que concierne al recurso casado.

El problema aparece no tanto porque la fórmula empleada, basada en las ventas afectadas por la infracción, o su aplicación por la autoridad lleven a sanciones no proporcionales al daño causado o beneficio ilícito, sino porque al introducir en el método de cálculo un tope basado en otra escala o métrica, las ventas totales como manifestación de la capacidad de pago, los afectados reclaman, probablemente con razón, un resultado equitativo o proporcional también a esta métrica.

Así, cuando en un mismo caso en el que las empresas han cometido una infracción análoga, alguna de ellas tiene una capacidad de pago sustancialmente diferente, generalmente por tratarse de una empresa multi-producto, una multa proporcional al daño podría entenderse no proporcional a, en realidad no equitativa en relación con, la capacidad de pago<sup>18</sup>. El caso más común es aquel en el que la presencia de empresas

---

<sup>18</sup> Este no es un debate o problema exclusivo de la práctica de la autoridad española. En el contexto de la UE han sido varias las voces que vienen a reclamar una consideración hacia las empresas de menor tamaño y PYMES. A este respecto, se puede ver la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero

grandes, multi-producto, junto con empresas más pequeñas, mono-producto, en un mismo cártel y habiendo cometido una infracción con la misma intensidad, la multa resultante calculada sobre las ventas afectadas supone un mayor esfuerzo relativo para las empresas pequeñas, que pueden ver cómo se activa el límite del 10%, en comparación con las empresas grandes a quienes el mercado afectado puede suponer una fracción infinitesimal de su actividad.

El único problema de incompatibilidad se podría dar, en su caso, entre las dos acepciones o perspectivas de la proporcionalidad: daño o beneficio ilícito frente a capacidad de pago, si se pretendiesen aplicar simultáneamente ante la presencia de empresas de distinta naturaleza y tamaño y sin los adecuados mecanismos de medida.

No obstante, dada su distinta naturaleza y finalidad perseguida en el esquema de fijación de la sanción óptima, deberían separarse, a mi juicio, la consecución de las dos exigencias al sistema de multas:

- i. Por un lado, la multa debería ser proporcional al beneficio ilícito o daño causado, siendo un múltiplo de las ventas afectadas la mejor de las aproximaciones no perfectas.
- ii. Por otro lado, a la hora de evitar consecuencias indeseadas de las sanciones, éstas no deberían superar un esfuerzo máximo equitativo a cada uno de los participantes, siendo la capacidad de pago medida a través de las ventas totales el indicador adecuado para evitarlo.

Como acertadamente explica (Wils 2006), el principio de igualdad de trato es una variante o aspecto relativo del test de proporcionalidad bajo la concepción utilitaria y retributiva del cálculo óptimo de sanciones, donde el juicio acerca de la fortaleza del sistema dependerá de si el mismo es percibido como justo y equitativo.

En este sentido, el problema radicaría en encontrar un indicador de la capacidad máxima tolerable de pago que fuera percibido como justo y que permitiese individualizar circunstancias como el carácter mono o multi-producto de los infractores. Debe tenerse

---

de 2012 en la que éste aboga por una modificación de las Directrices para el cálculo de las sanciones de la Comisión Europea para la consideración de las empresas mono-producto y las PYMES (Martínez Sánchez 2012).

en cuenta que en muchos tributos los tipos impositivos se aplican progresiva y no proporcionalmente a la capacidad de pago de los sujetos pasivos. El debate debería plantearse, en su caso, en determinar si el 10% de las ventas totales como límite máximo para evitar problemas derivados de la incapacidad de pago es un mecanismo adecuado para todo tipo de situaciones. El sistema comunitario, de hecho, prevé que para el caso de empresas grandes las multas puedan ser elevadas para garantizar el carácter disuasorio de las mismas (Considerando 30 de la Comunicación de multas de la Comisión Europea<sup>19</sup>). No cuestiona, por tanto, la idoneidad del 10% de las ventas totales como esfuerzo máximo tolerable para las empresas pequeñas, pero sí asume que en casos de empresas multi-producto dicho límite quede por lo general muy lejos y que la multa calculada no le suponga un esfuerzo suficientemente disuasorio.

No cabría, por tanto, desde mi punto de vista, decretar la incompatibilidad general entre la eficacia disuasoria de un sistema de sanciones y el principio de proporcionalidad. La problemática de esta manera podría resumirse en los siguientes puntos:

- i. El ordenamiento jurídico interno exige la predeterminación normativa de las sanciones.
- ii. Por tanto, la escala prevista en la LDC, interpretada por la autoridad como tope y en ausencia de otra escala, debe ser el punto de partida o baremo para establecer el cálculo de la sanción.
- iii. Es, por tanto, el diseño particular de la LDC<sup>20</sup>, por su necesario sometimiento al principio de predeterminación de las sanciones, el que termina imponiendo que las multas deban ser calculadas sobre una escala que refleje la capacidad de pago y por tanto sean proporcionales a ésta.
- iv. Nada impediría que la LDC, respetando los principios constitucionales de predeterminación de las sanciones, incluyendo un intervalo con la multa

---

<sup>19</sup> Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003. DOCE de 1 de septiembre de 2006 (2006/C 210/02)

<sup>20</sup> Son varios los autores que han puesto de manifiesto la falta de conexión entre los dos preceptos controvertidos de la LDC (artículos 63 y 64) con la mecánica que la CNC ha pretendido seguir expresada en la Comunicación de multas de la CNC. Ver, por ejemplo, (Cachafeiro 2013-2014), (Vide 2008), y (Cuerdo y Briones 2013)

máxima, recogiese un sistema de cálculo análogo al previsto en la normativa comunitaria (Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de la Sentencia del TS)

#### 4. Los intentos de la CNMC de conciliar su política de sanciones con los nuevos criterios

La CNMC ha tenido que hacer valer su ingenio para poder aplicar al cálculo de las sanciones las nuevas indicaciones recibidas del Alto Tribunal que pasan por concebirlo como un ejercicio de “arriba hacia abajo”. En teoría, dicho ejercicio conllevaría comenzar determinando un importe básico común a todas las empresas participantes igual a una proporción de sus ventas totales, ya que esa es la variable predeterminada en la LDC como arco sancionador y donde dicha proporción dependería de la gravedad o densidad antijurídica de la infracción. A continuación, debería llegar a una individualización de la sanción que tuviera en cuenta las circunstancias de carácter individual, recogidas en el Artículo 64 LDC, como la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado, la duración, los efectos en el mercado, el beneficio ilícito o las circunstancias agravantes o atenuantes.

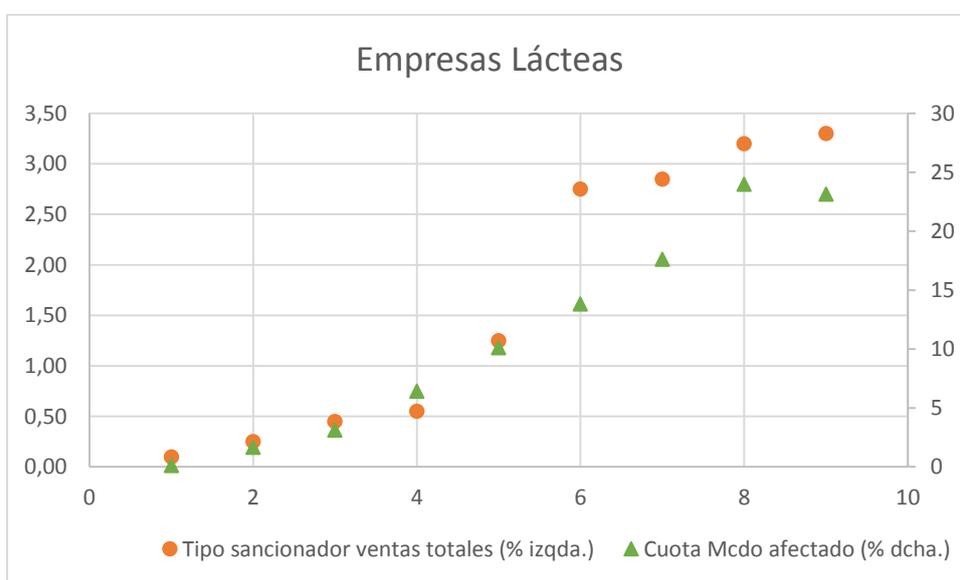
Sin embargo, un análisis de la reacción de la CNMC, probablemente todavía demasiado temprano, permite comprobar que el proceso de cálculo no puede ser necesariamente de “arriba hacia abajo” si se pretende que la multa no pierda su esencia disuasoria y su carácter proporcional frente al beneficio ilícito. La CNMC si bien termina en el resultado final con un importe de la multa como una proporción o tipo impositivo sobre las ventas totales, cumpliendo, por tanto, con la exigencia impuesta de usar el artículo 63 como arco sancionador, lo cierto es que llega a dicha proporción en un ejercicio de “abajo hacia arriba” en el que primero calcula cuál debería ser la proporción del beneficio ilícito obtenido en el que debiera moverse la sanción para cumplir con su carácter disuasorio, aproximado a través de un múltiplo del volumen de ventas afectado, para luego determinar cuál es el tipo sobre el volumen total de ventas resultante.

En concreto, la CNMC parte de un nuevo concepto denominado cuota de participación en la infracción que no es más que el volumen de ventas afectado de cada participante, que tiene implícitamente en cuenta la duración, dividido entre el total de ventas afectadas de todos los participantes. De esta manera, la cuota de participación permite

ordenar a cada participante en proporción al daño total infligido al mercado. A continuación, establece cuál es el rango o múltiplo de las ventas afectadas en el que, atendiendo a la gravedad o densidad antijurídica de la infracción, debería situarse la sanción para que ésta cumpla su función disuasoria. Por último, traduce dicho rango sobre las ventas afectadas en un porcentaje o tipo impositivo sobre el volumen de ventas. Es decir, en el fondo, mantiene un cálculo de “abajo hacia arriba”.

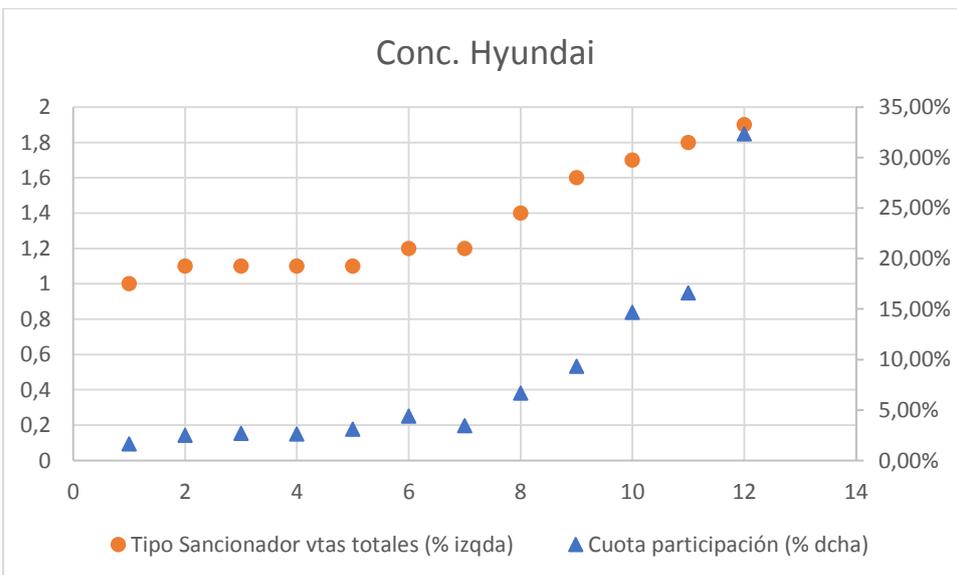
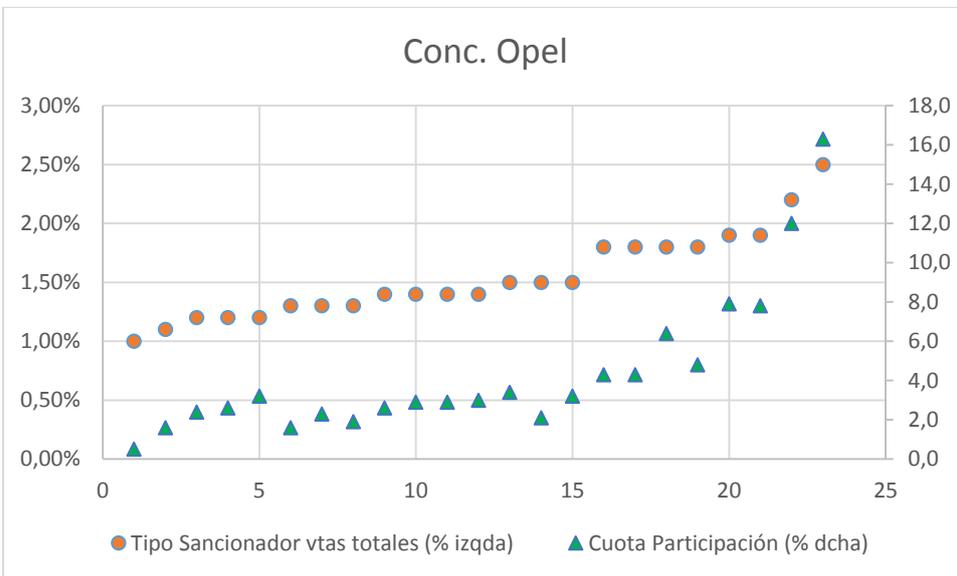
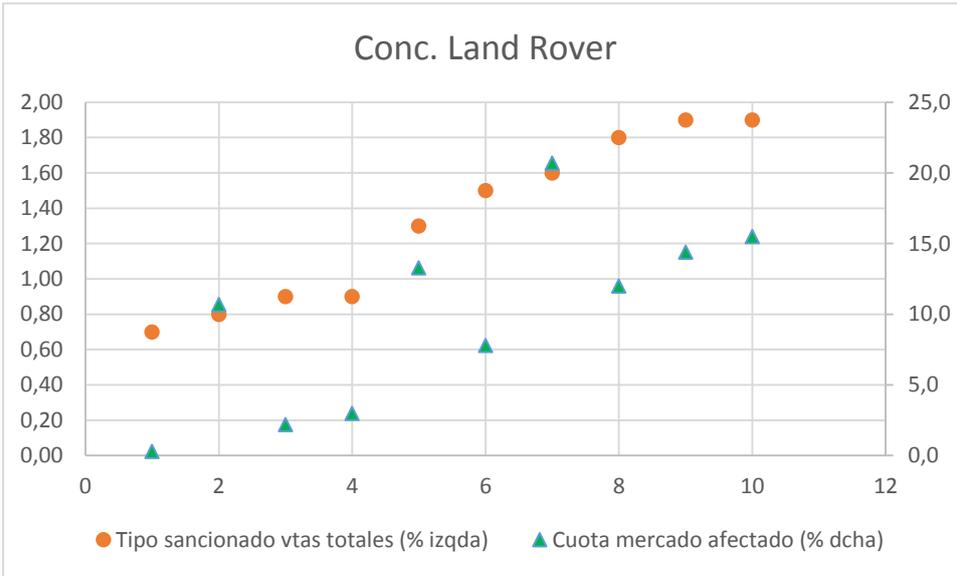
Los siguientes gráficos recogen alguno de los parámetros de las sanciones en los expedientes de concesionarios de automóviles<sup>21</sup> y de las industrias lácteas<sup>22</sup>, que constituyen la primera serie de casos en los que se ha venido aplicando la nueva metodología de forma consistente.

Se puede comprobar cómo el resultado frente a la escala o arco sancionado a aplicar, en términos de multa sobre las ventas totales de cada uno de los participantes (medido en el eje de la izquierda de los gráficos) está relacionado con la cuota de participación en la infracción (eje de la derecha). Al ordenar a los participantes en función del tipo impositivo recibido, se comprueba cómo éste es creciente con la cuota o nivel de participación en la infracción.



<sup>21</sup> Resoluciones de 5 de marzo de 2015 (S/0487/13 Concesionarios Land Rover); (S/0489/13 Concesionarios Opel); (S/488/13 Concesionarios Hyundai). Se han excluido de los gráficos los participantes que no eran concesionarios.

<sup>22</sup> Resolución de 26 de febrero de 2015 (S/0425/12) Industrias Lácteas 2



La nueva práctica de la CNMC, aun cuando no conlleva un ejercicio de “arriba hacia abajo”, tendría la virtualidad de lograr una sanción dentro del arco sancionador impuesto por el TS, que además es proporcional al beneficio ilícito o al daño infligido por cada participante. Además, si se admitiese como norma general que las empresas grandes tienen mayor cuota de participación en la infracción, entonces la nueva metodología daría tipos impositivos sobre las ventas totales crecientes con el tamaño de la empresa. Por tanto, sería capaz de compatibilizar ambas perspectivas de la proporcionalidad. Sin embargo, presenta, a mi juicio, varios problemas:

- i. El más evidente es que hace muy complicado explicitar una metodología que contribuyese a dotar al instrumento de las sanciones de la necesaria transparencia y predictibilidad. Cualquier comunicación que explique el modelo evidenciaría, probablemente, que el punto de partida no es un arco sancionador de las ventas totales, sino un múltiplo o arco sobre las ventas afectadas.
- ii. No es inmune a la problemática que se dará en aquellos casos con empresas de muy distinta naturaleza o capacidad de pago cometiendo una infracción similar. En dichos casos la aplicación de una multa disuasoria conlleva necesariamente usar una proporción similar sobre las ventas afectadas que puede traducirse en tipos impositivos sobre las ventas totales marcadamente alejados. De hecho, un escaso 1% de diferencia sobre las ventas totales puede ser muy notable y podría ser interpretado como un trato no equitativo.
- iii. En comparación a la situación anterior, se podría argumentar que el sistema podría generar potencialmente un sesgo a la baja de las sanciones. Aunque el arco sancionador sobre las ventas totales no actúa como verdadero punto de inicio, la verdad es que puede condicionar indirectamente el resultado final. Por ejemplo, en un cartel con varias empresas parecidas multi-producto, pero una o pocas más empresas pequeñas mono-producto, y todas con volúmenes de ventas afectadas por la infracción similares, la fijación de una multa proporcional al daño exigiría tipos impositivos sobre las ventas totales muy alejados entre sí, y probablemente próximos al 10% para las empresas más pequeñas. Si la autoridad se autoimpone como condición, aunque sea de forma subjetiva que las diferencias en los tipos del arco sancionador de las ventas totales no sean muy elevadas, le llevaría a emplear

porcentajes sobre las ventas afectadas más pequeños y la sanción final para las empresas más pequeñas, pero también para las más grandes, se podría quedar lejos del valor óptimo desde la perspectiva disuasoria. Evidentemente, esto es una simple conjetura que podría, no obstante, contrastarse una vez se disponga de mayor experiencia sobre el nuevo método.

## 5. Alternativas para disponer de un sistema de sanciones eficaz

Como ya se ha comentado en el apartado primero, caben dos alternativas: emitir una nueva comunicación de sanciones, una vez se haya dado con un método compatible con las exigencias del ordenamiento jurídico y que sea eficaz en su propósito disuasorio, o bien modificar la LDC para dotar al sistema de cálculo de sanciones con las referencias adecuadas. Por todos los argumentos expuestos, la opción más razonable pasa por modificar la LDC a partir de las siguientes líneas que vendrían a avalar legalmente el sistema de “abajo hacia arriba” utilizado anteriormente y en línea con la práctica de la UE, con los ajustes que fueran necesarios:

- i. Explicitar una escala para obtener el importe básico de la sanción a partir de las ventas afectadas por la infracción. Esta escala podría tener varios tramos en función de las tres diferentes categorías de infracciones ya previstas en el Artículo 62: leves, graves y muy graves. Como hemos visto, el análisis teórico y comparado avalan partir de determinados múltiplos de las ventas afectadas para lograr una sanción disuasoria, proporcional al beneficio ilícito o el daño generado.
- ii. Introducir en la Ley los criterios que darían rangos de ajuste al importe básico en función de las circunstancias individuales y de factores agravantes y atenuantes.
- iii. Terminar con un tope único para los tres tipos de infracciones sobre la capacidad pago, siendo el volumen de ventas totales lo más razonable, en el que quede claro que se trata de un único límite con la finalidad de que el sistema genere efectos no deseables. En su caso, si se considerase que resulta inequitativo que el mismo límite se aplique a todo tipo de empresas, grandes o pequeñas, se podrían fijar dos o más topes o una fórmula progresiva, relacionados con la capacidad de pago, pero no en función de la gravedad de la sanción. Es decir,

sería como una consideración al hecho de que una sanción disuasoria y proporcional al beneficio ilícito pueda generar consecuencias diferentes en función del tamaño de las empresas<sup>23</sup>.

La propuesta supondría consagrar en el texto de la Ley parte de la metodología que venía aplicándose hasta antes de la Sentencia, haciendo los ajustes necesarios, devolviendo, de esta forma, la práctica de la autoridad española a la corriente imperante en el resto de jurisdicciones internacionales más relevantes y mejorando la transparencia y predictibilidad del sistema.

## Bibliografía

- Cachafeiro, Fernando. 2013-2014. «El volumen de negocio como criterio para graduar las sanciones en el derecho de la competencia.» *Actas de Derecho Industrial* 153-175.
- Combe, Emmanuel, y CONSTANCE Monnier. 2011. «Fines against hard core cartels in europe: The myth of overenforcement.» *Antitrust Bulletin* 235.
- Connor, John. 2007. «Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels.» *Contributions to Economic Analysis* 282 177–215.
- Connor, John. 2010. «Price Fixing Overcharges: Revised 2nd Edition.» *Disponible en SSRN*.
- Connor, John. 2007. «Price-fixing overcharges: Legal and economic evidence.» *Research in law and economics* 22 59-153.
- Connor, John, y Robert Lande. 2012. «Cartels as rational business strategy: Crime pays.» *Cardozo Law Review*.
- Connor, John, y Yuliya Bolotva. 2006. «Cartel Overcharges: Survey and meta-analysis.» *International Journal of Industrial Organization* 24 1109 - 1137.
- Cuerdo, Miguel, y Juan Briones. 2013. «Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia.» En *Cuestiones*

---

<sup>23</sup> Como explica (Wils 2006) cabrían en teoría dos opciones: reducir la multa calculada a las empresas más pequeñas, o bien, partir de multas más reducidas y aumentar las mismas a las empresas más grandes. Para el autor el hecho de que el Reglamento 1/2003 use el porcentaje del 10% y el hecho de que la Comunicación de Sanciones de la UE (del año 1998 cuando el autor escribió el artículo, pero igualmente reflejados en el considerando 30 de la del 2006) contemplara una eventual penalización a modo de multiplicador para las empresas más grandes, supone que, en la práctica, el sistema comunitario había elegido la segunda de las opciones. Es cierto, que la propia comunicación del 2006 prevé en su considerando 35 que en circunstancias excepcionales la multa pueda ser rebajada atendiendo a la incapacidad extraordinaria de pago por una empresa. En mi opinión, para que el sistema a introducir en la LDC fuera compatible con los principios constitucionales, la eventual fórmula progresiva en el tope a la multa debería estar contemplada en el mismo texto legal.

*actuales del procedimiento sancionador en el derecho de la competencia*, de Javier Guillén, 330. Civitas.

- García-Verdugo, Javier. 2015. «Una Evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas.» *Documento de Trabajo. Serie de Política de la Competencia. CEU-IUEE 48*.
- Heimler, Alberto, y Kirtikumar Mehta. 2012. «Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence.» *World Competition* 35 103-119.
- Hovenkamp, Herbert. 2005. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Harvard UP.
- Landes, William. 1986. «Optimal Sanctions for Antitrust Violations.» *University Chicago Law Review* 50.
- Lillo, Carmen. 2014. «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 la Distribución* 15.
- Marcos, Francisco. 2015. «Blowing hot and cold: The last word of the Supreme Court on setting fines for competition infringements in Spain.» *Working Paper IE Law School*.
- Martínez Sánchez, Antonio. 2012. «El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Competencia.» *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 27.
- Smuda, Florian. 2014. «Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law.» *Journal of Competition Law and Economics* 10, no. 1 63-86.
- Sopeña, Vera, y Héctor Otero. 2013. «La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la LDC: ¿hacia el fin de una política eficaz?» En *Anuario de la Competencia*, 133-172. Madrid: Fundación ICO.
- Vide, Ana. 2008. «Artículo 63. Sanciones.» En *Derecho Español de la Competencia*, de Miguel Ordiozola, 1903. Bosch.
- Wils, Wouter P.J. 2006. «Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice.» *World Competition* 29 (2) 183.