

incremento de las multas; mecanismos de clemencia; procedimientos de terminación convencional, etc.

A la hora de intentar alcanzar los objetivos de la política de la competencia, cada uno de esos instrumentos presenta sus propias ventajas, pero también inconvenientes. Los «actores» en el proceso de lucha contra las prácticas restrictivas —en particular los potenciales denunciantes y las autoridades administrativas— deben conocer y valorar las peculiaridades de cada uno de estos instrumentos, para así poder optar por uno u otro en función de cuál sea, en cada caso, su interés primordial: poner fin cuanto antes a la conducta; obtener el resarcimiento de los daños; actuar de forma ejemplarizante para evitar la reiteración de las prácticas, etc.

Creemos que las reflexiones que se hagan a lo largo de esta jornada respecto de esos distintos remedios y sanciones ayudarán a que esa elección se haga con mayor conocimiento de causa.

EL PAPEL DISUASORIO DE LAS SANCIONES: UNA REFLEXIÓN MOTIVADA POR LAS NUEVAS DIRECTRICES COMUNITARIAS

Jorge PADILLA y Elena ZOIDO*
LECG

I. INTRODUCCIÓN

La legislación de defensa de la competencia juega un papel clave en las economías de mercado ya que impide que las empresas distorsionen la competencia de manera perjudicial para la eficiencia económica. Para asegurar que las leyes de competencia se cumplen las autoridades cuentan con diversos instrumentos, entre los que destaca la capacidad de imponer sanciones a las empresas que infrinjan la normativa de competencia.

Si bien la posibilidad de imponer sanciones es común en todas las jurisdicciones, su implementación es muy diversa en la práctica. Por ejemplo, en Estados Unidos la participación en un cartel se considera un delito penal y los gestores de las empresas culpables de fijación de

* Este artículo ha sido elaborado para el Cuarto Seminario de Derecho y Economía de la Competencia de la **Fundación Rafael del Pino** organizado por la **Fundación Rafael del Pino** en Madrid el 21 de noviembre de 2007 dedicado a Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Agradecemos a los participantes en dicho seminario sus valiosos comentarios y a Urs HAEGLER y a Francesc GÓMEZ-LANDERO su contribución a este trabajo. Las opiniones vertidas en este artículo son responsabilidad exclusiva de los autores. Dirijan sus comentarios a: jpaddilla@lecg.com y ezoido@lecg.com.

precios se enfrentan a sentencias de prisión, además de sanciones y frecuentes reclamaciones de daños por vía privada que pueden alcanzar el triple del perjuicio ocasionado a clientes y consumidores. La Comisión Europea, por su parte, cuenta con la posibilidad de imponer sanciones administrativas que pueden alcanzar hasta el 10 por 100 del volumen de ventas de las empresas involucradas en la práctica ilícita.

En los últimos meses se está produciendo un intenso debate respecto al papel y el efecto de las sanciones en materia de política de competencia en Europa¹. Diversos factores han contribuido a desencadenar esta discusión. Uno de ellos ha sido la adopción de las nuevas Directrices para el cálculo de las multas impuestas a las empresas que infrinjan las disposiciones del art. 81 o del art. 82 del Tratado, que señala la intención de seguir una política más severa contra los infractores de las normas de competencia por parte de las autoridades comunitarias².

Otro indicador relevante es la cuantía de las sanciones impuestas en las Decisiones de los últimos años, que confirma que su severidad se ha incrementado paulatinamente. Esta tendencia se ha acelerado considerablemente en los últimos meses, antes incluso de que la nueva Comunicación haya entrado en vigor. Por ejemplo, en el caso de los carteles *hard core*³, el importe medio de las sanciones impuestas a cada empresa se multiplicó casi por cinco entre 2004 y 2007, como se refleja en la Figura 1⁴.

Todo esto refleja un cambio en la política sancionadora que, además, se ha visto complementada con el refuerzo de otros instrumentos, tales como la revisión de la *Comunicación relativa a la dispensa del pago de multas y reducción de su importe*⁵ aplicable a los denominados carteles

¹ Ver, por ejemplo, M. MOTTI, 2007, «On Cartel deterrence and fines in the EU», documento de trabajo.

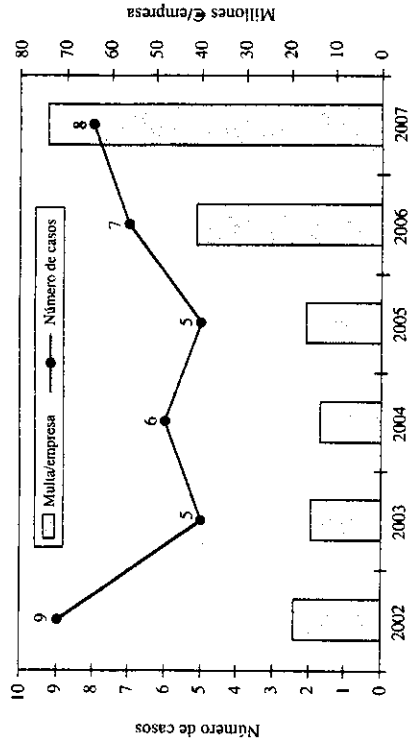
² Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, *Diario Oficial* núm. C 210, de 1 de septiembre de 2006, pp. 2-5, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):ES:HTML).

³ Se entiende por cartel *hard core* o cartel duro todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

⁴ Las multas en los casos de abuso de posición de dominio también parecen haberse incrementado significativamente. Así, en 2007 se impuso a Telefónica una multa de más de 150 millones de euros por un estrechamiento de márgenes, mientras que Deutsche Telekom y Wanadoo recibieron sanciones de 12,6 y 10,3 millones de euros, respectivamente, por infracciones similares en el año 2003. Asunto COMP/38.784 - *Wanadoo España contra Telefónica*, asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - *Deutsche Telekom AG*, y asunto COMP/38.233 - *Wanadoo Interactive*.

⁵ La Comisión Europea introdujo un procedimiento de clemencia en Europa en 1996, introduciendo reducciones de entre el 10 y el 100 por 100 según el momento en que la información se aportaba (antes o después de la apertura de una investigación o la realización de una inspec-

FIGURA 1
SANCIONES MEDIAS POR EMPRESA Y NÚMERO DE CASOS SANCIONADOS



Nota: Cada caso refleja un procedimiento contra todos los participantes en el acuerdo, y puede incluir más de una infracción. Estadísticas actualizadas con cifras correspondientes al 5 de diciembre de 2007.

Fuente: Comisión Europea, <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

hard core (la denominada *Leniency Notice*), y la promoción de la iniciativa privada en materia de reparación de daños y perjuicios con la publicación de un Libro Verde y la elaboración de un Libro Blanco al respecto⁶. Sin embargo, no es fácil identificar qué impacto han tenido estas reformas. Por ejemplo, no parecen haberse producido cambios sustanciales en el número de carteles detectados, investigados y sancionados, como recogemos en la misma Figura 1.

ción) y según el tipo de evidencia proporcionada a la autoridad. Desde entonces se han acometido dos reformas que han perseguido corregir estos problemas y mejorar la eficiencia del procedimiento. En 2002 se incrementó su transparencia y certidumbre, mediante la introducción de la posibilidad de inmunidad plena y alineando las reducciones con el momento del tiempo en que se aportaba la información. Y en 2006 se llevó a cabo una reforma adicional que aclaró la naturaleza de la información a aportar y el ámbito del deber de cooperación de los solicitantes. Asimismo, se introdujo la posibilidad de acuerdos directos (*settlements*), mediante los que las empresas obtienen reducciones en las multas a cambio de reconocer la infracción y comprometerse a pagar la sanción correspondiente. Ver *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago del importe de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel*, OJ C 298, de 8 de diciembre de 2006.

⁶ Libro Verde - Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM(2005) 672, de 19 de diciembre de 2005, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672>; EN:NOT.

Motivados por la introducción de las nuevas directrices, en este artículo proponemos una reflexión desde la perspectiva del análisis económico respecto al papel que deben jugar las sanciones en el ámbito de la defensa de la competencia y si el nuevo método de cálculo garantizará que las multas tengan los efectos deseados. Para ello, comenzamos por identificar en la sección 2 el objetivo que debe guiar la política sancionadora de las autoridades europeas y los principios que, de acuerdo a la teoría económica, deben satisfacer las multas para lograrlos. En la sección 3 describimos los principales factores que determinarán las multas que impondrá la Comisión en la aplicación de las nuevas Directrices, y aportamos una visión económica respecto a si el nivel de las sanciones resultantes será adecuado. Por último, en la sección 4 presentamos nuestras conclusiones.

2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS SANCIONES

La capacidad de imponer sanciones con la que cuentan las autoridades de competencia se puede racionalizar de diversas formas. Por ejemplo, las sanciones se pueden concebir como una herramienta mediante la que disuadir las prácticas ilícitas, o con la que lograr que las empresas infractoras internalicen el perjuicio ocasionado al bienestar social con su actuación. Otra posibilidad es que se empleen con ánimo de retribución o de castigo a las empresas infractoras.

En el marco comunitario, las sanciones se deben establecer con el objetivo de disuadir las infracciones de los arts. 81 y 82 del Tratado y así lo aclaran las nuevas Directrices:

«la Comisión debe velar por el carácter disuasorio de su actuación. Por lo tanto, cuando la Comisión constata una infracción de las disposiciones de los arts. 81 u 82 del Tratado, puede ser necesario imponer una multa a los que han vulnerado las normas jurídicas»⁷.

Para que las sanciones cumplan con su objetivo como herramienta de protección de la competencia en los mercados y, por tanto, del bienestar de los consumidores, se deben establecer de forma que disuadan a los agentes económicos de participar en prácticas ilícitas que dañen el bienestar de los consumidores.

El objetivo es claro, pero ¿cómo lograr que las sanciones tengan efectivamente este efecto disuasorio? La literatura económica ha estudiado extensamente este asunto a partir del análisis de los *incentivos* de las

⁷ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, *op. cit.*, 2, párrafo 4.

empresas a llevar a cabo prácticas ilícitas y del papel que pueden jugar las multas en este terreno al alterar los beneficios relativos de la infracción⁸. En concreto, los modelos económicos consideran los factores que afectan a la decisión de una empresa que se plantea si infringir las normas de competencia o no, por ejemplo, mediante la participación en un cartel. En ausencia de sanciones de ningún tipo o de otros posibles costes, a la empresa siempre le compensaría unirse al acuerdo, en la medida en que espere obtener unos beneficios más elevados que si compite con sus rivales⁹. Sin embargo, si las autoridades tienen la capacidad de imponer multas, la decisión de coordinarse con sus competidores entraña riesgos y costes ante la posibilidad de que el cartel sea descubierto por las autoridades y de que los participantes en el mismo sean sancionados.

De este modo, mediante su efecto sobre los beneficios relativos de la práctica ilícita, las sanciones afectan a la decisión de la empresa respecto a si unirse a un cartel o no. Para que la sanción tenga el efecto disuasorio deseado es necesario que la empresa perciba que sus ganancias esperadas, si decide participar en el acuerdo, sean más bajas que los costes esperados de su participación (es decir, inferiores a la sanción esperada):

$$E\pi^{legal} \geq E\pi^{ilegal} - p \cdot f$$

donde $E\pi^{legal}$ son los beneficios esperados por la empresa si no lleva a cabo ninguna acción ilícita, $E\pi^{ilegal}$ recoge los beneficios esperados por la empresa si coordina sus acciones con las de sus competidores, y $p \cdot f$ es la «sanción esperada», que se calcula como el producto del importe de la multa f , en caso de que el cartel sea detectado y sancionado, por la probabilidad de que efectivamente las autoridades detecten y sancionen la participación en el acuerdo, p .

Para que los carteles no tengan lugar (bajo el supuesto simplificador de que las sanciones son el único coste de la infracción) las multas espe-

⁸ G. S. BECKER, «Crime and Punishment: an Economic Approach», *Journal of Political Economy*, 169, 1968; W. M. LANDES, «Optimal Sanctions for Antitrust Violations», *The University of Chicago Law Review*, 652, 1983.

⁹ El supuesto simplificador implícito en este análisis es que el único factor que valora la empresa son los beneficios obtenidos mediante una práctica u otra. Sin embargo, los agentes que toman la decisión de llevar a cabo la práctica ilícita pueden tener objetivos distintos a la maximización de beneficios, de manera que sus incentivos no estarían alineados con los de los accionistas. Esto introduciría en el análisis la posibilidad de que el objetivo de la empresa dejaría de ser la maximización de beneficios. Por otra parte, ignoramos en este análisis otros posibles costes, como por ejemplo los que resulten de reclamaciones de daños y perjuicios, cuyo efecto es inmediato: la expectativa de que estas reclamaciones se produzcan y se traduzcan en indemnizaciones haría que la sanción óptima para garantizar la disuasión fuera inferior.

radas deben ser iguales o superiores a las ganancias ilícitas, esto es, a la diferencia entre los beneficios obtenidos en un mercado en competencia y los obtenidos si las empresas coordinan su actuación:

$$\text{Sanción esperada} = p \cdot f \geq E\pi^{\text{legal}} - E\pi^{\text{ilegal}}$$

La sanción mínima que asegura la disuasión de las infracciones resulta del producto de la ganancia ilícita esperada y de la inversa de la probabilidad de ser detectado y sancionado:

$$f \geq \frac{1}{p} \cdot (E\pi^{\text{ilegal}} - E\pi^{\text{legal}}) \equiv \frac{E(\text{ganancia ilícita})}{p}$$

Esto es, de acuerdo a la teoría económica, una multa igual o superior al producto de la ganancia ilícita y la inversa de la probabilidad de detección compensa (en términos esperados) las ganancias potenciales asociadas a participar en un cartel y así elimina los incentivos a unirse a él. Desde un punto de vista económico, bajo el supuesto de que las empresas no esperan tener que hacer frente a reclamaciones de daños y perjuicios, las sanciones óptimas que garantizan la disuasión dependen de las ganancias ilícitas y de un factor de corrección inversamente relacionado con la probabilidad de detección de la infracción¹⁰. Por ejemplo, si esta probabilidad es del 100 por 100, la multa debería ser superior o igual a la ganancia ilícita, mientras que si la probabilidad de detección fuera por ejemplo de un 50 por 100, entonces la multa debería ser, como mínimo, el doble de los beneficios extraordinarios obtenidos como consecuencia de la colusión.

Cabe preguntarse si desde un punto de vista económico estaría justificado que las sanciones fueran superiores al nivel mínimo que asegura la disuasión. De hecho, se argumenta a menudo que elevar los niveles de las multas por encima de su nivel mínimo no tiene costes y que podría ser deseable en la medida en que permita disciplinar aún más a los posibles infractores. Sin embargo, este argumento, además de entrar en conflicto con el principio de proporcionalidad, entraña diversos riesgos. Por ejemplo, la imposición de multas muy elevadas puede conllevar costes, tanto directos como indirectos, como resultado de los posibles errores derivados de «condenas erróneas» —o «errores de tipo I» en la terminología estándar de teoría de decisión— y/o «absoluciones erróneas» —o «errores de tipo II».

¹⁰ La introducción de la posibilidad de indemnizaciones por daños y perjuicios conllevaría una reducción de las sanciones óptimas en la cuantía correspondiente al desembolso esperado.

Es más, desde un punto de vista económico, una política de sanciones excesivamente elevadas puede tener efectos perniciosos sobre el bienestar social. En concreto, la fijación de multas excesivas puede tener como consecuencia incrementos en los precios y reducciones en la inversión. Esto es así por dos motivos:

— *Sensibilidad de la inversión a los flujos de caja.* Existe una amplia literatura que demuestra que existe una relación empírica entre los flujos de caja de los que dispone una empresa y su nivel de inversión. La evidencia empírica pone de manifiesto que las empresas que cuentan con una mayor liquidez y que están menos endeudadas invierten más (controlando por sus oportunidades de inversión)¹¹. Una multa excesivamente elevada reduce el efectivo disponible por la empresa infractora, lo que puede tener un impacto adverso sobre sus planes de inversión. Como resultado, los consumidores pueden verse perjudicados al no tener acceso a los nuevos productos que se habrían desarrollado de haberse llevado a cabo las inversiones necesarias. O se pueden ver forzados a pagar precios más altos si las inversiones que no se llevan a cabo estaban destinadas a expandir la capacidad productiva.

— *Responsabilidad limitada y restricciones de liquidez.* Una multa constituye una carga sobre los recursos financieros de la empresa y, en algunos casos, puede hacerlas más vulnerables a posibles restricciones financieras de corto plazo. Como mostramos en el Apéndice Técnico, las empresas pueden tener incentivos a cobrar precios muy elevados cuando se enfrentan a restricciones financieras. La intuición de este resultado es sencilla. Si la demanda es elevada, fijar un precio alto genera beneficios elevados y la situación de los accionistas de la empresa mejora. Si la demanda resulta ser baja, un precio elevado conduce a un nivel de ventas muy reducido, y la empresa puede terminar incurriendo en pérdidas. Sin embargo, siempre que los accionistas estén protegidos por cláusulas de responsabilidad limitada, son los acreedores de la empresa los que soportan tales pérdidas. En consecuencia, cuanto más elevada es la multa y mayor la probabilidad de que la empresa se enfrente a restricciones de liquidez, más elevados serán los precios que cobre la empresa¹².

¹¹ Ver R. FAZZARI, G. HUBBARD y B. PETERSEN, «Financing Constraints and Corporate Investment», *Brookings Papers on Economic Activity*, 1, 1988, pp. 141-195.

¹² Los precios cobrados por la empresa son función no sólo de las condiciones de competencia en el mercado, sino de sus costes. En ausencia de restricciones financieras a corto plazo, los precios dependen de los costes marginales de producción. Cuando en la empresa existe alguna probabilidad de que se enfrente a restricciones financieras, los costes fijos de la empresa (tales como una multa) también afectan a sus precios.

Transmisión Inversa 2008

En definitiva, la teoría económica sugiere que las multas óptimas deben tener en cuenta la probabilidad de detección y los beneficios adicionales obtenidos como consecuencia de la conducta ilícita, que dependen a su vez, entre otros factores, del impacto de la infracción sobre los precios y del volumen de negocio afectado, pero no apoya que las multas se fijen en niveles superiores al mínimo que asegura la disuasión.

3. LAS NUEVAS DIRECTRICES COMUNITARIAS: UN ANÁLISIS ECONÓMICO

En septiembre de 2006 la Comisión Europea publicó unas nuevas Directrices sobre el cálculo de sanciones, que establecen un procedimiento en dos etapas. En primer lugar, se establece el denominado «importe base», que se calcula como 1) un porcentaje variable relacionado con la gravedad de la infracción y que puede alcanzar hasta el 30 por 100 del valor de las ventas en la EEA de la empresa infractora en relación directa o indirecta con la infracción, multiplicado por 2) el número de años que duró la infracción y al que se añade 3) un componente fijo, independiente de la duración de la infracción, igual al 15-25 por 100 del volumen de negocio anual de la empresa¹³.

En segundo lugar, el importe base se modifica de acuerdo a las circunstancias atenuantes o agravantes que se identifiquen en cada caso¹⁴. Se consideran circunstancias agravantes reincidir en una infracción idéntica o similar (con un incremento del importe base de hasta un 100 por 100 por cada infracción previa), la negativa a cooperar con la Comisión o la obstrucción de la investigación, y haber sido el responsable o investigador del cartel o haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a respetar las prácticas ilícitas.

Por el contrario, la multa se puede reducir si la empresa aporta pruebas de que i) puso fin a la infracción de forma inmediata tras la intervención de la Comisión (aunque esta reducción no aplica a los acuerdos secretos, como los carteles), ii) la infracción fue cometida por negligencia, iii) la empresa participó de forma limitada y eludió la aplicación de los acuerdos comportándose de manera competitiva, iv) la cooperación por parte de la empresa va más allá de lo requerido por la ley, o v) la infracción fue autorizada o apoyada por las autoridades o legislación nacionales.

Asimismo, las Directrices establecen la posibilidad de que el importe base de la multa se ajuste al alza en el caso de empresas con un volu-

¹³ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, párrafos 12-26.

men de negocio «particularmente importante, más allá de las ventas de bienes y servicios a que se refiere la infracción» (lo que se denomina un incremento específico para garantizar un efecto disuasorio), o de elevar la sanción por encima del importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, en caso de ser posible realizar dicho cálculo¹⁵. Por último, se estipula un límite máximo a la sanción del 10 por 100 del importe de negocio total de la empresa¹⁶, se reconoce que determinadas empresas se pueden beneficiar de exenciones completas o parciales en aplicación de la Comunicación sobre la aplicación del régimen de clemencia¹⁷, y se introduce la posibilidad de reducir la multa si la empresa no tiene capacidad financiera para pagarla¹⁸.

La introducción de estas Directrices ha generado un amplio debate respecto a la posibilidad de que las sanciones que resulten de su aplicación sean demasiado elevadas (VAN CAYSELE y CAMESASCA, 2007) o a que, por el contrario, no sean suficientes para garantizar la disuasión (MORTA, 2007)¹⁹. Para aportar algo de luz a la discusión, analizamos a continuación si el nuevo método de cálculo es consistente con la teoría económica de la disuasión y con la evidencia empírica disponible. Para ello, comenzamos explorando la relación entre el importe base y las sanciones mínimas necesarias para garantizar la disuasión de las infracciones, y pasamos después a estudiar si los ajustes a dicho importe destinados a asegurar su efecto disuasorio están o no justificados.

A) Relación con la ganancia ilícita y la probabilidad de detección

Los elementos básicos de la multa que desde un punto de vista económico se puede considerar «proporcional», esto es, que garantiza un efecto disuasorio sin incurrir en costes innecesarios en términos de bienestar social (incrementos de precios, reducción de la inversión) son 1) la ganancia ilícita esperada por las empresas involucradas, y 2) la probabilidad de detectar la infracción.

El importe base que establecen las Directrices refleja de cerca esta estructura: en el caso de una infracción muy grave, el importe base representaría un 30 por 100 del volumen de negocio anual multipli-

¹⁵ *Idem*, párrafos 30 y 31.

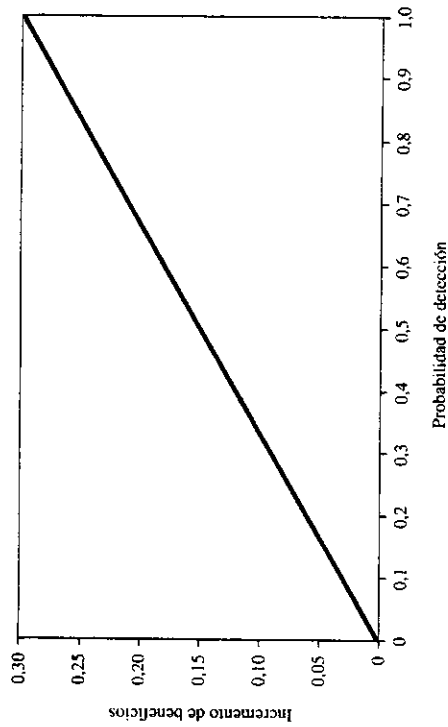
¹⁶ *Idem*, párrafos 32 y 33.

¹⁷ *Idem*, párrafo 34.

¹⁸ *Idem*, párrafo 35.

¹⁹ P. van CAYSELE y P. D. CAMESASCA, «The EC Commission's 2006 Fine Guidelines Reviewed from an Economic Perspective: Risking Over-Deterrence», *Amsterdam Center for Law and Economics working paper*, núm. 2007-03; M. MORTA, *On Cartel deterrence and fines in the EU*, 2007, documento de trabajo.

FIGURA 2
GANANCIA ILÍCITA Y PROBABILIDAD DE DETECCIÓN PARA QUE LA
SANCIÓN ÓPTIMA SEA UN 30 POR 100 DEL VOLUMEN DE VENTAS



cado por los años de duración de la infracción. La Figura 2 recoge las combinaciones de valores del incremento en los beneficios y probabilidad de detección de la infracción que, de acuerdo a la teoría económica de la disuasión, hacen que la sanción óptima represente un 30 por 100 del volumen de ventas de la empresa. El importe base que establecen las Directrices se correspondería con la sanción óptima si, por ejemplo, la probabilidad de detección fuera del 33 por 100 y el incremento de los beneficios de un 10 por 100 anual. Pero ¿se acercan estos valores a los observados en la práctica? A continuación analizamos esta cuestión.

a) *Ganancia ilícita*

El importe base que establecen las Directrices incluye indicadores que tratan de reflejar la ganancia ilícita esperada, tales como el volumen de negocio afectado, la duración de la infracción y su gravedad, y en este sentido supone una aproximación a las predicciones de la teoría económica.

Sin embargo, la ganancia ilícita raras veces se calcula en la práctica y las infracciones pueden o no lograr sus objetivos en la práctica. Los carteles, por ejemplo, son a menudo poco efectivos. En un artículo reciente, las profesoras Margaret LEVENSTEIN y Valerie SUSLOW analizan

la evidencia sobre el éxito de los carteles y sus efectos. Concluyen que los carteles se enfrentan a múltiples retos que condicionan su éxito:

«Estos retos se pueden agrupar en tres categorías: primero, la selección y la coordinación del comportamiento de todos los participantes en el cartel siguiendo estrategias colusivas mutuamente consistentes; segundo, el seguimiento y monitorización del comportamiento de los participantes para identificar y disuadir las desviaciones de dichas estrategias; y tercero, impedir la entrada o expansión de las empresas no involucradas en el acuerdo»²⁰.

Así, la infracción puede no tener ningún impacto o sólo afectar a algunos de los productos potencialmente afectados: la presión de los competidores, el poder de compra o las dificultades internas de coordinación pueden ser sustanciales y limitar su efecto en el mercado. La evidencia empírica así lo confirma: incluso la infracción más grave en términos de su efecto distorsionador, los carteles, es a menudo poco efectiva y, además, su impacto es muy heterogéneo²¹. SPROUL (1993) sugiere que los efectos son limitados o incluso inexistentes, mientras que un estudio reciente de la OCDE establece un rango medio de impacto en precios de alrededor de un 12 o 13 por 100. Otros estudios sugieren que el efecto medio puede oscilar entre un 8 y un 14 por 100 (COHEN y SCHEFFMAN, 1989) o incluso alcanzar hasta un 40 por 100 (CONNOR y LANDE, 2006)²².

Por tanto, al menos en ciertos casos, la sanción resultante de la aplicación de las Directrices puede ser demasiado elevada en relación a la ganancia obtenida. No es sorprendente que los estudios que tratan de analizar esta cuestión no lleguen a resultados concluyentes. Así, CONNOR y LANDE (2006) comparan las estimaciones procedentes de diversas fuentes respecto a los incrementos de precios resultado de una muestra amplia de carteles y las sanciones impuestas a las empresas en cuestión y concluyen que las primeras son mayores que las segundas²³. Sin embargo, MOTTA (2007) lleva a cabo diversos ejercicios de simulación que demuestran que las sanciones resultado de la aplicación de las Directrices pueden diferir sustancialmente de la sanción mínima que asegura la disuasión, tanto al alza como a la baja²⁴.

²⁰ M. C. LEVENSTEIN y V. Y. SUSLOW, «What Determines Cartel Success?», *Journal of Economic Literature*, vol. XLIV, marzo 2006, pp. 43-95. Traducción propia.

²¹ OPEC es el ejemplo clásico de un cartel en el que los incentivos de los miembros a desviarse de los acuerdos los han hecho a menudo inefectivos, pero abundan los ejemplos.

²² M. SPROUL, «Antitrust and Prices», *Journal of Political Economy*, vol. 101, núm. 4, 1993, pp. 741-754; OECD, *Implementation of the Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels: Second Report by the Competition Committee*; M. A. COHEN y D. T. SCHEFFMAN, «The Antitrust Sentencing Guideline: Is the Punishment Worth the Cost?», *Journal of Criminal Law*, 27, 1989, pp. 331-366.; J. M. CONNOR y R. LANDE, «The size of cartel overcharges: Implications for US and EU fining policies», *The Antitrust Bulletin*, vol. 51, núm. 4, 2006.

²³ *Op. cit.*, 22.

²⁴ *Op. cit.*, 1.

b) Probabilidad de detección

De acuerdo a la teoría económica de la disuasión, las sanciones deberían depender de la probabilidad de detección de las infracciones. Así, cuanto mayor es la probabilidad de detección, menor debe ser el multiplicador aplicado a la ganancia ilícita para calcular la multa óptima. Esto implica que las sanciones deberían ser más elevadas para los acuerdos secretos, como los carteles, cuya detección es más difícil, que para prácticas de otra naturaleza.

Las Directrices no incorporan este razonamiento de forma explícita, si bien la proporción de las ventas que se tiene en cuenta para establecer el importe base es variable, dependiendo de «la gravedad de la infracción» y «considerando todas las circunstancias pertinentes». El análisis económico sugiere que entre estos factores sería conveniente tener en cuenta si la probabilidad de detección (y sanción) es más o menos elevada. Así, esta probabilidad debería ser mayor en casos de acuerdos no secretos o de abuso de posición de dominio, y las sanciones en estos casos deberían ser, por lo tanto, menores.

En todo caso, es complejo relacionar las pautas de las Directrices con la probabilidad de detección de los acuerdos secretos. El motivo es que no existe evidencia sistemática y completa respecto a la frecuencia con la que las autoridades europeas detectan las infracciones de las normas de competencia. Esta ausencia de estudios se justifica por la dificultad que entraña identificar el número de acuerdos secretos que, por definición, no son observables. El análisis más convincente de esta probabilidad se ha realizado en el contexto americano y antes de la introducción de los programas de clemencia en dicha jurisdicción, por lo que es discutible que los valores estimados (de entre un 13 y un 17 por 100) sigan estando vigentes o se aproximen a los europeos en la actualidad²⁵. Lo que sí se puede afirmar es que, en la medida en que la introducción del programa de clemencia en Europa haya incrementado esta probabilidad de detección, las multas se deberían haber ajustado a la baja.

B) El «multiplicador» disuasorio

El importe base es sólo el punto de partida para establecer el importe de las sanciones. Entre otros ajustes, las nuevas Directrices estipulan la posibilidad de aplicar un incremento específico para garantizar la disuasión mediante el que se aumenta el importe de la sanción a empresas de

gran tamaño. La Comisión ha justificado en el pasado la aplicación de este «multiplicador» con diversos argumentos:

- La necesidad de establecer multas de «un nivel que garantice un suficiente efecto disuasorio, teniendo en cuenta el tamaño de cada empresa» de manera que se «disuada a empresas de un tamaño similar al de la empresa en cuestión de llevar a cabo una infracción similar en el futuro»²⁶.
- Las grandes empresas «tienen más fácil acceso a los conocimientos e infraestructuras económicas y jurídicos que les permiten apreciar mejor el carácter infractor de su comportamiento y las consecuencias que se derivan del mismo desde el punto de vista del Derecho de Competencia»²⁷.
- La existencia de «una considerable disparidad en el tamaño de las empresas participantes en la infracción»²⁸.
- El hecho de que «gracias a su enorme volumen de negocio en comparación con el de otros miembros del cartel, la [empresa en cuestión] podría obtener con más facilidad los fondos necesarios para hacer frente a la sanción»²⁹, y el hecho de que las empresas «pertenecen a grupos multinacionales de una considerable fortaleza económica y financiera»³⁰.

Sin embargo, ninguno de estos argumentos justifica que se apliquen multas más elevadas a empresas con un mayor volumen de ventas en mercados no relacionados con el de la infracción.

En primer lugar, como describimos en detalle en la sección anterior, la sanción mínima para asegurar su efecto disuasorio (a la que nos referimos como la sanción proporcional) *no* es creciente en el nivel de las ventas *no relacionadas* con la infracción. En concreto, cuando no existe ningún riesgo de que la empresa se enfrente a restricciones de liquidez³¹, la sanción proporcional es independiente de las ventas no afectadas.

²⁶ Caso COMP/38.443 - *Rubber chemicals*, §308; caso COMP/38.456 - *Bitumen*, §324.

²⁷ Ver por ejemplo el caso COMP/E-1/37.773 - *MCAA*, §298; COMP/37.614 - *Belgian Brewers*, §343; COMP/E-1/37.370 - *Sorbitates*, §343; COMP/E-1/38.240 - *Industrial tubes*, §332.

²⁸ Ver COMP/F/38.645 - *Methacrylates*, §347; núm. COMP/E-1/37.773 - *MCAA*, §299; COMP/38.456 - *Bitumen*, §323.

²⁹ Ver caso COMP/E-1/38.069 - *Copper Plumbing Tubes*, §705 citing *Joined*, casos T-236, 239, 244 a 246, 251 y 252/01 *Tokai Carbon et al./Commission* [2004] ECR II-1181, §241, as upheld in by ECJ y caso C-289/04P, *Showa Denko/Commission* [2006] ECR I-0000, §18 *Pre-insulated Pipes*.

³⁰ Ver caso COMP/C.38.238/B.2 - *Raw Tobacco Spain*, §422 y caso COMP/C.38.281/B.2 - *Raw Tobacco Italy*, §374.

³¹ De acuerdo a los Profesores ROSS, WESTERFIELD y JAFFE (1996), «En situaciones de restricciones de liquidez a corto plazo, los flujos de caja operativos de las empresas no son suficientes para satisfacer las obligaciones a corto plazo (crédito comercial o intereses) y la empresa se ve obligada a tomar medidas. Las restricciones de liquidez le pueden empujar a incumplir determi-

²⁵ P. G. BRYANT y E. WOODROW ECKARD, «Price Fixing: The probability of Getting Caught», *The Review of Economics and Statistics*, 1991, pp. 531-536.

En caso contrario, es decir, cuando la multa puede conducir a la empresa a enfrentarse a restricciones financieras, la multa proporcional es *decreciente* en las ventas no afectadas —en lugar de creciente como sugieren las Directrices—³². La intuición de este resultado es que en caso de restricciones de liquidez los costes esperados de la infracción no sólo dependen de la probabilidad de detección y la cuantía de la multa, sino también de la probabilidad de que los recursos de la empresa excedan la sanción en caso de detección. El motivo es que, en caso de que la empresa infractora opere bajo responsabilidad limitada, la sanción sólo es desembolsada en su totalidad si los recursos de la empresa son lo suficientemente elevados, lo que es más probable cuanto mayor sea el volumen de negocio no afectado. Así que cuando pagar la multa puede colocar a la empresa infractora en una posición de restricciones financieras, la sanción proporcional es función, no sólo de la probabilidad de detección, sino también del volumen de negocio no afectado. Para una empresa con un volumen de negocio reducido, los incentivos a participar en el cartel son mayores: con cierta probabilidad, el acuerdo no es detectado y la empresa se beneficia de la elevación de precios. Esto también es cierto para las empresas con un volumen de negocio mayor, pero lo que difiere entre ambas es que, incluso si la infracción es detectada, la empresa pequeña paga la multa en su totalidad *sólo cuando las condiciones de mercado son suficientemente favorables* dadas sus limitaciones financieras y la protección de las cláusulas de responsabilidad limitada, lo que disminuye la cuantía de la sanción esperada. De este modo, el importe de la multa necesario para disuadir la participación de las empresas en el cartel es mayor para las empresas más pequeñas.

Por tanto, para asegurar que las sanciones tienen el efecto disuasorio que se persigue, es suficiente con comprometerse a establecer sanciones «proporcionales» en caso de detectar una infracción. La imposición de multas más elevadas a empresas con mayores niveles de ventas no afectadas no tiene por qué ayudar a la Comisión a disuadir a las empresas de un tamaño similar al de la empresa en cuestión de llevar a cabo una infracción similar en el futuro. De hecho, es probable que una política de este tipo tenga consecuencias negativas sobre el bienestar. Como mostramos en la sección 2, un incremento en las sanciones por encima del nivel mínimo que asegure la disuasión puede conducir a elevaciones de precios y a deprimir la inversión y, por tanto, a reducir el bienestar de los consumidores.

nados contratos o a una reestructuración financieras entre la empresa, sus acreedores y sus accionistas». S. A. ROSS, R. W. WESTERFIELD y J. F. JAFFE, *Corporate Finance*, 4.ª ed., Irwin, capítulo 30, p. 808, traducción propia.

³² Ver detalles en el Apéndice técnico.

En *segundo lugar*, no existe evidencia empírica que relacione los conocimientos e infraestructuras económicos y jurídicos de una empresa con su tamaño. Además, si bien es cierto que las grandes empresas tienen por lo general departamentos legales mayores, también se enfrentan a un número de asuntos mucho mayor. No es, por tanto, evidente que sea más fácil detectar posibles infracciones de la normativa de competencia en organizaciones más complejas y dispersas.

En *tercer lugar*, la posible disparidad en el tamaño de las distintas empresas participantes en el acuerdo se traducirá en diferencias en el importe de las «ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción» de cada una de las empresas participantes³³. Como discutimos en la sección 2, la sanción mínima necesaria para garantizar un efecto disuasorio depende de las expectativas de ganancias ilícitas resultado de la infracción. Por tanto, si las multas son las proporcionales, ya incorporan las posibles diferencias en el tamaño de las empresas participantes en la medida en que esto afecte a los beneficios de la infracción.

En *cuarto lugar*, el volumen de ventas total de una empresa es un indicador muy pobre de la capacidad de una empresa de obtener los fondos suficientes para pagar una multa: el *coste de oportunidad* de los fondos necesarios para pagar la multa puede ser similar para empresas con muchos recursos financieros internos que para una empresa que necesite acceso a fuentes externas de financiación (como un préstamo). El motivo es que mientras que la primera tiene acceso más barato a fuentes de financiación interna, el coste de oportunidad es al menos igual a las rentas que la empresa con mayores fondos internos podría obtener si hiciera disponibles sus fondos disponibles en el mercado de capitales. Y dichas rentas no podrían ser inferiores al coste de los fondos externos para la empresa con problemas de financiación interna.

En *definitiva*, los argumentos empleados en apoyo de la introducción del «multiplicador» disuasorio en el pasado no se sostienen desde un punto de vista económico.

4. CONCLUSIONES

La política sancionadora juega un papel clave en la lucha contra las infracciones de la normativa de defensa de la competencia. Las multas tienen, fundamentalmente, el efecto disuasorio que hemos discutido ampliamente en este artículo, pero también refuerzan la efectividad de

³³ Ver nota 15.

otros instrumentos. Por ejemplo, la existencia de sanciones dota de sentido a los mecanismos de clemencia que permiten la detección de carteles: la posibilidad de evitar las sanciones anima a las empresas a aportar información a las autoridades respecto a la existencia de acuerdos secretos que de otra forma podrían pasar inadvertidos.

Dado que las sanciones son un elemento central en la actuación de las autoridades de competencia es imprescindible que su nivel sea adecuado: deben ser lo suficientemente altas como para garantizar que tienen el efecto disuasorio perseguido, pero no debe perderse de vista que, si son demasiado elevadas, pueden tener efectos adversos sobre el bienestar social y de los consumidores, tanto a corto como a largo plazo, incrementando los precios y desincentivando la inversión.

Las nuevas Directrices comunitarias sobre el cálculo de las sanciones suponen una mayor transparencia del sistema de fijación de multas y una aproximación de las mismas a las que resultan del análisis económico de la disuasión. Sin embargo, incluyen diversos elementos cuya justificación económica es discutible, como es la posibilidad de penalizar a las empresas de mayor tamaño. La lógica que parece subyacer en estos ajustes es que, de otro modo, las multas serían excesivamente bajas en determinados casos. Sin embargo, para establecer si efectivamente las multas son demasiado bajas o no, y si estos incrementos están justificados, sería necesario avanzar tanto en el ámbito del marco de análisis teórico como en el estudio empírico de la experiencia pasada. Sólo así se podría evaluar si efectivamente el nivel de las multas se ha alejado del óptimo y continuar refinando los sistemas de fijación de sanciones en el futuro.

APÉNDICE TÉCNICO

Consideremos a una empresa que opera en un mercado oligopolístico. Denotemos sus beneficios $\pi(p, \theta)$, donde p es el precio de mercado y θ indica el nivel de demanda. La demanda es incierta *ex ante*: puede tomar cualquier valor en el intervalo $[\underline{\theta}, \bar{\theta}]$, donde $\underline{\theta}$ es el nivel más bajo posible, mientras $\bar{\theta}$ es el nivel de demanda más elevado posible.

La demanda se distribuye de acuerdo a una función de densidad $g(\theta)$. $g(\theta)$ denota la función de distribución correspondiente. Sean T los beneficios de la empresa en bienes y servicios no afectados por la infracción. Para un p y T dados, los beneficios esperados por la empresa son:

$$\Pi(p, T) = \int_{\underline{\theta}}^{\bar{\theta}} \pi(p, \theta) g(\theta) d\theta + T. \quad (1)$$

Así, los beneficios esperados por la empresa cuando el precio de mercado es el competitivo (p^{comp}) son:

$$\Pi(p^{comp}, T) = \int_{\underline{\theta}}^{\bar{\theta}} \pi(p^{comp}, \theta) g(\theta) d\theta + T. \quad (2)$$

Suponemos que $\pi(p^{comp}, \underline{\theta}) > 0$, lo que garantiza que $\Pi(p^{comp}, T) > 0$

Sea β la probabilidad de que la empresa sea detectada y sancionada en caso de que decida participar en un cartel y F la multa impuesta a los integrantes del mismo. Los beneficios esperados por la empresa si decide unirse a un cartel son:

$$\begin{aligned} \Pi(p^{cartel}, T; F) = & (1 - \beta) \left[\int_{\underline{\theta}}^{\bar{\theta}} \pi(p^{cartel}, \theta) g(\theta) d\theta + T \right] \\ & + \beta \left[\int_{\sigma}^{\bar{\theta}} (\pi(p^{cartel}, \theta) - F + T) g(\theta) d\theta \right]. \end{aligned} \quad (3)$$

El primer término de la ecuación (3) es el producto de la probabilidad de no ser detectado por los beneficios esperados en caso de participación en el cartel sin que el acuerdo sea detectado por las autoridades (la expresión en corchetes). El segundo término en la ecuación (3) es el producto de la probabilidad de detección y los beneficios esperados de la participación en el cartel si la empresa es detectada y debe pagar una multa F (la expresión en paréntesis). Nótese que cuando la empresa es detectada, sus beneficios son cero si la demanda es baja ($\theta < \sigma$) y positivos en caso contrario ($\theta \geq \sigma$), donde σ es tal que

$$\pi(p^{cartel}, \sigma) - F + T = 0. \quad (4)$$

A) Derivación de la multa «proporcional»

La multa mínima necesaria para lograr un efecto disuasorio suficiente o multa proporcional F^* es tal que

$$\Gamma(F^*) = \Pi(p^{cartel}, T; F^*) - \Pi(p^{comp}, T) = 0 \quad (5)$$

$\Gamma(F^*)$ es igual a la diferencia entre los beneficios esperados participando en el cartel y sus beneficios esperados en competencia. Como $\Pi(p^{cartel}, T; F)$ es decreciente en F , $\Gamma(F)$, es también decreciente en F . Así que $\Gamma(F)$ será menor que cero para todo $F > F^*$ y mayor que cero en caso contrario.

B) Impacto de una multa más elevada sobre los precios

Dada F , la empresa fijará p^{canel} para maximizar $\Pi(p^{canel}, T; F)$ en la ecuación (3). En otras palabras, p^{canel} vendrá dado por la siguiente condición de primer orden:

$$\frac{\partial \Pi(p^{canel}, T; F)}{\partial p^{canel}} = (1 - \beta) \left[\int_{\theta}^{\bar{\theta}} \frac{\partial \pi(p^{canel}, \theta)}{\partial p^{canel}} g(\theta) d\theta \right] + \beta \left[\int_{\theta}^{\bar{\theta}} \left(\frac{\partial \pi(p^{canel}, \theta)}{\partial p^{canel}} \right) g(\theta) d\theta \right] = \mathbb{1}(p^{canel}, F) = 0. \quad (6)$$

Pero de acuerdo al teorema de la función implícita,

$$\frac{\partial p^{canel}}{\partial F} = -\frac{\partial \mathbb{1}(p^{canel}, F) / \partial F}{\partial \mathbb{1}(p^{canel}, F) / \partial p^{canel}}. \quad (7)$$

Como $\text{sign}(\partial \mathbb{1}(p^{canel}, F) / \partial p^{canel}) < 0$ para que p^{canel} satisfaga las condiciones de segundo orden asociadas a la maximización de $\Pi(p^{canel}, T; F)$, debe cumplirse que

$$\text{sign} \left(\frac{\partial p^{canel}}{\partial F} \right) = \text{sign} \left(\frac{\partial \mathbb{1}(p^{canel}, F)}{\partial F} \right) = \quad (8)$$

De la ecuación (6) se deriva que

$$\frac{\partial \mathbb{1}(p^{canel}, F)}{\partial F} = -\beta \left(\frac{\partial \sigma}{\partial F} \right) \left(\frac{\partial \pi(p^{canel}, \sigma)}{\partial p^{canel}} \right) g(\sigma) > 0, \quad (9)$$

Ya que i) $g(\sigma) > 0$, ya que $g(\cdot)$ es una función de densidad, ii) $\frac{\partial \sigma}{\partial F} > 0$ de la ecuación (4) y porque los beneficios son crecientes en σ , y iii) $\frac{\partial \pi(p^{canel}, \sigma)}{\partial p^{canel}} < 0$ para que la ecuación (6) se cumpla.

En conclusión, un incremento en el nivel de la multa resultará en precios más altos: $\text{sign} \left(\frac{\partial p^{canel}}{\partial F} \right) = \text{sign} \left(\frac{\partial \mathbb{1}(p^{canel}, F)}{\partial F} \right) > 0$.

C) Relación entre la multa proporcional y los ingresos de la empresa

La ecuación (5) anterior define la multa «proporcional» F^* . De acuerdo al teorema de la función implícita,

$$\frac{\partial F^*}{\partial T} = -\frac{\partial \Gamma(F^*) / \partial F^*}{\partial \Gamma(F^*) / \partial T}. \quad (10)$$

Sabemos que:

$$\begin{aligned} \frac{\partial \Gamma(F^*)}{\partial F^*} &= -\beta(1 - G(\sigma)) < 0, \\ \frac{\partial \Gamma(F^*)}{\partial T} &= -\beta \left(\int_{\sigma}^{\bar{\theta}} g(\theta) d\theta - 1 \right) \leq 0. \end{aligned} \quad (11)$$

Nótese que $\frac{\partial \Gamma(F^*)}{\partial T}$ es igual a cero cuando $\sigma = \underline{\theta}$. Esto es, cuando la multa proporcional no conduce a una situación de restricciones de liquidez independientemente del nivel de demanda θ . Nótese también que $\frac{\partial \Gamma(F^*)}{\partial T}$ es estrictamente negativo cuando $\sigma > \underline{\theta}$ —es decir, cuando la multa proporcional puede conducir a la empresa infractora en una situación de restricciones de liquidez en algunas situaciones de demanda—. Por tanto, concluimos que: $\frac{\partial F^*}{\partial T} = 0$ cuando $\sigma = \underline{\theta}$ y $\frac{\partial F^*}{\partial T} < 0$ cuando $\sigma > \underline{\theta}$.