

Determinantes de la capacidad de disuasión de las sanciones de competencia en España (2015-2019)

Documento AE-01/21(0525)

Este documento no representa las opiniones de la CNMC. Las ideas y propuestas que aparecen en él son responsabilidad de sus autores. Estos documentos proceden de proyectos de investigación en marcha y se publican para suscitar comentarios y alimentar el debate.

Ane Martín, Carlos Merino y Javier García-Verdugo

2021

DETERMINANTES DE LA CAPACIDAD DE DISUASIÓN DE LAS SANCIONES DE COMPETENCIA EN ESPAÑA (2015-2019)

Abstract

El artículo analiza de qué depende la capacidad disuasoria de las sanciones impuestas por la autoridad de competencia española en el período 2015-2019, una vez que se modificó la metodología sancionadora a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Para ello, se compara la multa que resulta del método sancionador con el valor estimado de la multa óptima para la conducta de cada entidad infractora sancionada durante ese período, y en caso de que la primera sea inferior, se analiza a qué puede atribuirse la falta de capacidad de disuasión. Los resultados son concluyentes: un 14% de las sanciones impuestas en ese período fueron disuasorias y un 86% no fueron disuasorias; sin embargo, casi el 60% de las sanciones no disuasorias (un 50,2% del total) se explican por la presencia del límite legal máximo, mientras que el resto (el 35,8% del total) se explican por la imposición de un tipo sancionador insuficiente. Las sanciones tienen más dificultad para ser disuasorias cuanto mayor es la duración de la infracción y cuanto más elevada es la proporción de la actividad de la empresa que se desarrolla en el mercado afectado por la conducta.

1. Introducción

Las sanciones son una de las principales herramientas de las que disponen las autoridades de competencia para disuadir a las empresas de incurrir en infracciones anticompetitivas. Cuando las autoridades de competencia imponen una sanción por la infracción de las normas de competencia buscan disuadir tanto a las empresas participantes en la infracción sancionada como al resto de empresas del mercado de participar en conductas anticompetitivas. Así lo recoge con frecuencia la Comisión Europea, de acuerdo con la literatura especializada. Como un ejemplo entre muchos, en la Comunicación con motivo del décimo aniversario del Reglamento 1/2003 se afirma con rotundidad:

“Corresponde a los Estados Miembros asegurar que las sanciones son efectivas, proporcionadas y disuasorias. Independientemente del régimen sancionador vigente en una jurisdicción, es reconocido por todos que la defensa de la competencia no puede ser efectiva si no es posible imponer a las empresas sanciones civiles o administrativas que sean disuasorias”¹.

¹ Comisión Europea (2014): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Diez años de Aplicación de la Normativa Antimonopolio del Reglamento (CE) nº1/2003: logros y perspectivas futuras, COM/2014/0453 final.

Así, las empresas ponderan los costes y los beneficios esperados que se derivan de su participación en una conducta ilícita, analizando los incentivos para respetar la legalidad. Una multa disuasoria será, por lo tanto, aquella que consigue que el coste esperado de participar en una conducta anticompetitiva sea mayor que el beneficio esperado. Cuando se habla de multas disuasorias se puede distinguir entre la disuasión específica y la disuasión general. La disuasión específica se centra en que la multa sea suficientemente elevada para desincentivar que las empresas que han participado en una conducta concreta no vuelvan a hacerlo. Por otro lado, la disuasión general busca tratar de evitar que terceras empresas no implicadas en la infracción decidan participar en una conducta similar ².

Teniendo en cuenta este objetivo de las autoridades de competencia, este artículo analiza si las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) son o no disuasorias, intentando comprender también cuales son los factores que pueden afectar a la capacidad de disuasión. En concreto, el artículo analiza las sanciones impuestas por la CNMC en el período 2015-2019, valorando su capacidad de disuasión específica, es decir, el efecto disuasorio que tiene sobre las empresas participantes en la infracción concreta que se sanciona, dejando a un lado el efecto disuasorio general.

Dado que se quiere analizar la capacidad de disuasión de las sanciones impuestas por la autoridad de competencia española, se ha considerado útil describir brevemente primero la metodología que ha seguido habitualmente para fijar las sanciones de sus resoluciones. Después, se resumen las conclusiones de otros artículos que realizaron una primera aproximación al análisis de la capacidad de disuasión de las sanciones impuestas por la CNMC.

a. Metodología empleada para el cálculo de sanciones

La metodología seguida habitualmente por la CNMC para el cálculo de las sanciones derivadas de las infracciones de competencia en el período considerado fue desarrollada tras la sentencia del Tribunal Supremo de 29 enero de 2015. Esta sentencia obligó a abandonar la metodología de cálculo de sanciones establecida por la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), sobre la cuantificación de sanciones, y sentó las bases de una nueva metodología para la fijación de multas. Teniendo en cuenta dicha sentencia, así como lo establecido en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) la CNMC modificó su modo de fijar las sanciones, y después

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

de acumular suficiente experiencia, publicó en noviembre de 2018 unas *Indicaciones provisionales* para la determinación de sanciones por infracciones anticompetitivas ³, que se resumen a continuación.

El método sancionador actual se divide en dos partes fundamentales, fijando primero un tipo sancionador total dentro del arco sancionador que tiene como extremo superior los límites establecidos en el artículo 63 de la LDC (10% para las infracciones muy graves, 5% para las infracciones graves y 1% para las infracciones leves), entendiendo como tipo sancionador el porcentaje que se aplica sobre el volumen total de negocios de la entidad infractora en el año anterior a la sanción. Una vez fijado este tipo sancionador, se comprueba si la sanción en euros derivada de ese tipo sancionador total es proporcional a la efectiva dimensión de la infracción.

El establecimiento del tipo sancionador total consta a su vez de dos fases. En primer lugar, se establece un tipo sancionador general que tiene en cuenta las características de la infracción en su conjunto. En segundo lugar, se fija un tipo sancionador individual que tiene en cuenta la concreta participación en la conducta de cada empresa.

Para la determinación del tipo sancionador general se parte de un tipo sancionador inicial fijado según el tipo de conducta –que será superior para las conductas más perniciosas, como los cárteles–, que se incrementa o reduce teniendo en cuenta las circunstancias generales de la conducta, que se relacionan con diversos criterios de los previstos por el artículo 64 de la LDC:

- 1) Características del mercado afectado por la infracción (Art. 64.1.a). En este punto se toman en consideración circunstancias relacionadas con el mercado afectado, entre otras, la presencia de efectos en cascada, el tipo de bienes afectados por la conducta, la importancia del sector para la economía, o que la infracción haya tenido lugar en el marco de una licitación pública y haya generado un quebranto en las finanzas públicas.
- 2) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables (art. 64.1.b). Cuanto más elevada sea la cuota conjunta de las empresas infractoras en el mercado relevante, mayor habrá sido el perjuicio causado, porque habrá habido menos posibilidades de que los consumidores eviten la infracción acudiendo a proveedores alternativos y mayor deberá ser el tipo sancionador.

³ Indicaciones provisionales sobre la determinación de las sanciones derivadas de las infracciones de los artículos 1,2 y 3 de la LDC y de los artículos 101 y 102 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. (2018). Accesible en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/normativa-y-guias>

- 3) El alcance de la infracción (Art. 64.1.c). Se tiene en cuenta también el ámbito geográfico afectado por la infracción, siendo la modificación del tipo sancionador mayor cuanto más amplio sea el ámbito geográfico.
- 4) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos (Art. 64.1.e) y los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción (Art. 64.1.f).
- 5) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas (Art. 64.2.c). Se corresponde con la circunstancia agravante prevista en la LDC, cuando es aplicable globalmente a las empresas infractoras. Si sólo es aplicable a algunas de las empresas, se tiene en cuenta en la fase de individualización.

Una vez se han valorado las características generales de la infracción, se valora la participación individual de cada una de las empresas en la conducta para establecer el tipo sancionador individual correspondiente. Para esta valoración individual se tienen en cuenta sobre todo los siguientes criterios:

- 1) La duración de la infracción (Art. 64.1.d). Se valora la duración de la participación de cada una de las empresas en la conducta, independientemente de la duración total de la infracción.
- 2) La dimensión del mercado afectado por la infracción (Art. 64.1.a). A partir de los datos de volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción, aportados por las infractoras a requerimiento de la CNMC, se calcula la participación de cada una en el VNMA total durante la infracción. El tipo sancionador de cada entidad se incrementa en función de su participación en la facturación total en el mercado afectado durante la infracción.
- 3) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables (Art. 64.1.g). Se aplican, cuando proceda, las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en los artículos 64.2 y 64.3 de la LDC.

En el caso de una infracción del artículo 2 de la LDC, cuando se trate de una sola empresa que ha abusado de su posición de dominio, las Indicaciones aclaran que se tendrán en cuenta los mismos criterios de valoración de forma análoga, pero obviamente sin referencia a la cuota de participación en el VNMA.

El tipo sancionador total, suma del tipo sancionador general y del individual, asegura que la sanción impuesta a cada entidad se adecua a la gravedad y demás circunstancias de la

infracción, así como a la participación que la empresa ha tenido en la misma. A pesar de ello, la multa en euros puede resultar desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta cuando la actividad de la empresa en el mercado afectado por la infracción es relativamente pequeña en relación a su volumen de negocios total. Por ello, tras establecer el tipo sancionador total se realiza siempre una última comprobación de proporcionalidad de la sanción. Para realizar esta comprobación, se estima un valor de referencia o límite de proporcionalidad, y este se compara con la sanción monetaria resultante del tipo sancionador total. Si la sanción en euros es superior a dicho límite, esta se considera desproporcionada y se reduce hasta el valor de referencia calculado.

La nueva metodología para el cálculo de sanciones de la CNMC ha sido criticada desde varios frentes. Algunos opinan que las multas impuestas son insuficientes y carecen del necesario efecto disuasorio. Por el contrario, otros consideran que las multas impuestas son excesivas, por lo que violan el principio de proporcionalidad. Teniendo en cuenta estas críticas, y el especial interés que la autoridad tiene en asegurar tanto la efectiva capacidad de disuasión de su sistema de multas como el cumplimiento del principio de proporcionalidad de las sanciones, diversos estudios han analizado las sanciones resultantes de la metodología sancionadora de la CNMC, cuyas conclusiones se resumen a continuación.

b. Valoración de las sanciones impuestas por la CNMC

El primer artículo que trató de valorar el sistema de imposición de sanciones de la CNMC fue publicado en el año 2017⁴. El objetivo del artículo era realizar una valoración económica de las sanciones impuestas por la autoridad de competencia española desde 2011 hasta 2015. El artículo pretendía no solamente valorar el nuevo sistema de cálculo de sanciones sino analizar la evolución de las sanciones, primero de la CNC y posteriormente la CNMC, para valorar si en general estas habían sido excesivas o, por el contrario, suficientemente disuasorias.

El artículo analizó los expedientes que sancionaban infracciones del artículo 1 de la LDC desde 2011 hasta 2015, por ser este el periodo para el que se tenía la información necesaria en aquel momento. Los expedientes se agruparon en tres periodos, que tenían en cuenta los cambios institucionales que acontecieron en el seno de la autoridad, así como la ya mencionada sentencia

⁴ García-Verdugo, J., Merino, C., y Gómez, L., (2017), Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de competencia (2011-2015), en Cases, L. (dir.): *Anuario de la competencia 2016*, pp. 345-380. Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.

Posteriormente se publicó una versión revisada y actualizada del artículo: García-Verdugo, J., Gómez, L. y Merino, C. (2019). An Economic Assessment of Antitrust Fines in Spain. *World Competition*, Volume 41, Issue 3, pp. 335-366.

del Tribunal Supremo. El primer periodo comprendía el periodo entre enero de 2011 y octubre de 2013, y se refería a sanciones impuestas por la CNC; el segundo periodo, entre octubre de 2013 y 29 de enero de 2015, incluía las sanciones impuestas ya por la CNMC con la Comunicación de multas de la CNC; y el último periodo, entre el 30 de enero y 31 de diciembre de 2015, comprendía multas de la CNMC fijadas con la nueva metodología.

Los autores realizaron una revisión de la literatura sobre sanciones óptimas y, a partir de un modelo, estimaron la sanción óptima que correspondería imponer a cada empresa a partir de una estimación del beneficio ilícito obtenido por participar en un cártel, medida como un porcentaje del volumen de negocios de la empresa en el mercado afectado. Este porcentaje dependía de tres parámetros: el *mark-up* competitivo (diferencia del precio competitivo sobre los costes marginales), el sobreprecio derivado del cártel y la elasticidad precio de la demanda. El beneficio ilícito se multiplicaba después por la inversa de la probabilidad global de detección de una infracción, que se utilizaba para medir la estabilidad interna de los cárteles y se asumía que aumentaba con su duración.

Una vez obtenida la sanción óptima teórica, los autores la comparaban con las sanciones efectivamente impuestas con el fin de evaluar su capacidad disuasoria. Para realizar esta comparativa, se construyeron tres escenarios de la multa óptima y del cociente de disuasión (multa impuesta / multa óptima) utilizando distintos valores del margen de beneficio ilícito estimado. El escenario inferior estaba basado en un margen de beneficio ilícito de un 3%, el promedio en un margen de un 13% y el superior en un margen de un 23%.

Entre otros resultados, la comparativa indicaba que un porcentaje elevado de las multas impuestas por la autoridad de competencia de España entre 2011 y 2015 se encontraban por debajo del mínimo nivel disuasorio óptimo. Sin embargo, el análisis utilizado no permitía de hecho evaluar correctamente el nivel disuasorio de cada sanción impuesta, porque no se comparaban las multas efectivamente impuestas con la multa óptima que habría que haber impuesto en cada expediente, sino con tres escenarios generales derivados de los parámetros fundamentales que determinan la multa óptima. Además, los autores destacaban que, debido al énfasis del artículo en la comparación temporal, no se había considerado la influencia del límite legal máximo, y por tanto se trataba de una valoración teórica con una limitada utilidad práctica como guía de actuación.

Posteriormente, García-Verdugo et al. (2018)⁵ realizaron un análisis comparativo de los métodos de determinación de sanciones de competencia utilizando como referencia las resoluciones de recálculo de la autoridad de competencia española. Los autores consideraron que las sentencias que confirmaban la valoración realizada por la autoridad de competencia, pero que ordenaban el recálculo de la sanción por utilizar el método anulado de la Comunicación de multas de la CNC, constituían el mejor campo de comparación de las dos metodologías que la autoridad de competencia había utilizado hasta ese momento. El artículo no tenía como objetivo fundamental comparar ambas metodologías en relación a su capacidad de disuasión, sino valorar los efectos diferenciales de ambos sistemas en general, al comparar las sanciones correspondientes a una misma infracción fijadas con los dos métodos.

En este artículo se compararon las multas fijadas en la resolución original con las multas impuestas a las mismas empresas tras el recálculo de la sanción, pero antes de la aplicación, en su caso, del principio de prohibición de *reformatio in peius*. El estudio analizó las sanciones impuestas a 71 empresas cuyas sanciones fueron recalculadas entre el 29 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2017, comparando las sanciones obtenidas mediante ambos métodos tanto en términos absolutos (en euros) como en relación con el tamaño de la empresa –utilizando el volumen de negocios total (VNT) en el año anterior al de imposición de la multa– y con la dimensión de la infracción –el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante su participación en la infracción–.

Los resultados mostraron que las sanciones recalculadas eran menores que la sanción original en más del 60% de los casos. Sin embargo, en el 40% de casos restante –en los que la sanción se incrementó tras el recálculo– las multas aumentaron en una proporción mayor de lo que se reducían en el primer grupo.

Además, el artículo caracterizaba las empresas como monoproducción o multiproducción, para lo cual se utilizaba el cociente VNMA anual medio/VNT, que permite aproximar la proporción de la facturación de cada empresa que se genera por término medio en el mercado afectado por la infracción. Cuanto mayor fuera el valor de ese cociente, mayor sería el carácter monoproducción de una empresa, y cuanto más reducido fuera el cociente, la empresa tendría un mayor carácter multiproducción. Los autores analizaron qué valores tomaba este cociente en los casos en los que la multa original era mayor que la resultante del recálculo y cuando la nueva multa resultaba

⁵ García-Verdugo, J., Viejo, A., y Merino, C., (2018), Análisis comparativo de los métodos de determinación de sanciones de competencia a través de las resoluciones de recálculo, en Cases, L. (dir.): *Anuario de la competencia 2017*, pp. 351-374. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

mayor que la original. El trabajo muestra que cuando la multa original era mayor que la recalculada, este cociente alcanzaba valores elevados; en cambio, cuando la multa recalculada era mayor que la original, coincidía con que el cociente presentaba valores más reducidos. Estos análisis les permitieron concluir que el método de la anulada Comunicación de multas había generado con frecuencia sanciones relativamente más onerosas para las empresas que tendían a ser monoproducción; en cambio, las multas impuestas a las empresas que tendían a ser multiproducción habían sido en muchas ocasiones reducidas respecto al tamaño de la empresa, y en esos casos eran insuficientemente disuasorias respecto de la capacidad de pago de las infractoras.

Por el contrario, el método actual reflejado en las Indicaciones provisionales permitiría imponer sanciones adecuadas a las empresas monoproducción respecto de su capacidad de pago, al fijarlas en relación al volumen de negocios total de la empresa, aunque el límite máximo del artículo 63 de la LDC impediría en ocasiones que las sanciones tuvieran plena capacidad disuasoria, sobre todo cuando se trata de infracciones prolongadas. En cambio, en el caso de las empresas multiproducción de gran tamaño, que son a las que en ocasiones procede ajustar la sanción por motivos de proporcionalidad, la nueva metodología aseguraría que las multas fueran plenamente disuasorias respecto de la capacidad de pago de las empresas y, a la vez, proporcionadas a la dimensión de la conducta.

Teniendo en cuenta los pasos dados anteriormente, este nuevo artículo tiene como objetivo analizar la capacidad de disuasión de las sanciones impuestas siguiendo el nuevo método sancionador de la CNMC, evaluando cuáles son los factores que pueden afectar a la capacidad de disuasión. Solo se van a considerar las resoluciones sancionadoras originales o de recálculo posteriores a la sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2015, lo que permitirá obtener una visión mucho más detallada de la efectividad de la metodología actual. El resto del artículo se estructura de la siguiente manera.

El primer apartado del artículo describe los datos de sanciones recopilados desde la Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2015 hasta el final de 2019. En el siguiente apartado se realiza por un lado un análisis general de estos datos, distinguiendo las sanciones disuasorias de las que no lo son, y un estudio en particular de los factores que pueden afectar a la capacidad de disuasión, como la duración, el volumen de negocios del mercado afectado, el volumen de negocios total y, finalmente, el carácter multiproducción de la empresa, que combina los dos parámetros anteriores. El último apartado analiza qué factores explican esta falta de disuasión, y en concreto la relevancia del límite legal máximo establecido en la LDC, y cómo ha

evolucionado temporalmente la capacidad disuasoria de las sanciones desde el comienzo de la aplicación del nuevo método.

2. Datos utilizados

Para valorar de forma detallada la capacidad de disuasión del nuevo sistema de cálculo de sanciones de la CNMC se han analizado todas las sanciones impuestas por la CNMC desde febrero de 2015 –momento en el que comienza a aplicarse la nueva metodología– hasta diciembre de 2019. La base de datos utilizada incluye, por tanto, todas las sanciones impuestas desde que el Tribunal Supremo anuló la comunicación de multas hasta que terminó el año 2019.

Esta base de datos está compuesta por 729 observaciones. Cada una de ellas es una sanción impuesta a una persona jurídica fijada por medio del nuevo método reflejado en las Indicaciones provisionales. Se han incluido tanto sanciones de resoluciones originales, es decir, las sanciones de aquellos casos que eran sancionados por primera vez por la CNMC, como los recálculos de sanciones que originalmente habían sido calculadas con el método de la antigua Comunicación de multas. Cada una de las sanciones impuestas se ha considerado de forma individual, lo que quiere decir que si en una misma resolución una empresa ha recibido dos sanciones distintas que afectan a mercados diferentes, estas sanciones se han considerado de forma separada.

La tabla 1 muestra el número total de sanciones impuestas en cada uno de los años considerados, diferenciando entre sanciones originales y recálculos:

Tabla 1: Número de sanciones por año

Año	Número total de sanciones	Sanciones originales	Recálculos de sanciones
2015	245	240	5
2016	122	98	24
2017	134	84	50
2018	98	61	37
2019	130	110	20
Total	729	593	136

Fuente: CNMC

Como se puede apreciar en la tabla, el año 2015 es el año en el que más sanciones se impusieron, llegando hasta las 245 sanciones. El resto de años el número de sanciones impuestas se ha mantenido relativamente estable, normalmente por encima de las 100 sanciones anuales. A pesar de la estabilidad en el número total de sanciones durante todo el periodo analizado, el número de sanciones originales y de recálculos varía. Así, se observa que apenas

hay recálculos en los meses siguientes a la sentencia del Tribunal Supremo que anuló la antigua Comunicación de multas y, en cambio, alcanzan un máximo en 2017 con 50 resoluciones de recálculo para reducirse progresivamente desde entonces.

Para cada una de las observaciones la base de datos recoge la siguiente información:

- i. Año: año en el que se impuso la sanción.
- ii. Empresa: nombre de la empresa sancionada.
- iii. Expediente: el código y nombre del expediente en el que se sancionó a la empresa.
- iv. Duración: la duración en meses de la participación de la empresa en la conducta ilícita sancionada.
- v. Volumen de negocios: la cifra de negocios total de la empresa en el año inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, es decir, la cifra de negocios según aparezca reflejada en las cuentas anuales de la empresa, sin desagregar por ramas de actividad o áreas geográficas.
- vi. Volumen de negocios en el mercado afectado: la facturación de las empresas sancionadas en el mercado afectado por la infracción durante el período de tiempo en el que participasen.
- vii. El margen de beneficio potencial de la empresa: se toma como variable proxy el margen bruto de explotación del sector en el que actuó la empresa durante la infracción. Estos datos se obtienen de bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como las ratios sectoriales de sociedades no financieras del Banco de España (base RSE).
- viii. El factor de disuasión: indica el valor por el que hay que multiplicar el beneficio ilícito potencialmente obtenido por la empresa para alcanzar el nivel de disuasión deseado. El factor de disuasión es la inversa de la probabilidad global de detección de la infracción, estimada a partir de la duración de la infracción.⁶
- ix. La sanción impuesta: muestra la sanción que habría que imponer a la empresa según el nuevo método de cálculo de sanciones, antes de la aplicación, en su caso, de la

⁶ La probabilidad de detección a lo largo de toda la infracción es el valor recíproco de la probabilidad de que la conducta no haya sido detectada en ninguno de los años. Por tanto, cuantos más años dura una infracción, la probabilidad de detección global de la conducta sería mayor. Vid. para una explicación más amplia García-Verdugo, J., Merino, C., y Gómez, L., 2017, Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de competencia (2011-2015), ob. cit.

prohibición de *reformatio in peius* y de la exención o reducción de la sanción en aplicación de los artículos 65 o 66 de la LDC.

Algunas observaciones han sido descartadas para el análisis por no disponerse para ellas de toda la información necesaria. Así, en el caso de las asociaciones de empresas, la mayoría de las veces no se ha estimado el volumen de negocios total. Por lo que se refiere al volumen de negocios en el mercado afectado, en ocasiones las empresas infractoras no tienen facturación en el mercado afectado –por ejemplo, porque han participado como facilitadoras–, por lo que se les impone una sanción, pero no existe cifra de VNMA. Por último, hay ocasiones en las que, debido a las circunstancias específicas del caso, se han impuesto sanciones a tanto alzado, con frecuencia basadas en resoluciones análogas precedentes, por lo que la sanción impuesta no pretende aproximarse a la multa óptima y la comparación con esta última sesgaría los resultados del análisis.

En total se han eliminado 104 observaciones (un 14% del total inicial), por lo que la base de datos final está compuesta por 625 observaciones, que se distribuyen como muestra la tabla 2.

Tabla 2: Sanciones analizadas por año

Año	Número total de sanciones	Sanciones originales	Recálculos de sanciones
2015	221	217	4
2016	108	87	21
2017	116	76	40
2018	80	45	35
2019	100	82	18
Total	625	507	118

Fuente: CNMC

A pesar de que todas las variables incluidas en la base de datos influyen en el cálculo de la sanción, la duración de la participación, el volumen de negocios total de la empresa y el volumen de negocios en el mercado afectado durante la conducta son especialmente relevantes. Por ello, en la tabla 3 se presenta un cuadro resumen en el que se muestran los valores medios anuales de estas variables y de las sanciones impuestas junto con sus respectivas desviaciones estándar.

Tabla 3: Duración, VNT, VNMA y sanción: valores medios anuales y desviaciones estándar

Año	Duración media	Desv. est.	VNT medio	Desv. est.	VNMA medio	Desv. est.	Sanción media	Desv. est.
2015	42	46	330.326.286	1.846.575.818	434.097.748	1.690.488.384	1.651.707	4.212.513
2016	80	68	55.832.981	145.367.490	77.077.832	203.067.845	2.377.525	8.326.498
2017	96	71	447.698.393	3.720.857.596	156.809.792	647.839.141	1.541.076	6.736.362
2018	143	121	2.353.654.133	10.158.167.179	225.820.569	490.428.027	5.564.253	11.672.051
2019	93	70	427.089.527	813.792.292	493.152.590	955.546.596	7.527.336	12.201.980
Total	73	71	524.264.898	3.989.795.178	282.823.278	1.099.376.932	2.860.755	7.717.102

Fuente: CNMC

Como queda reflejado en la tabla anterior, las infracciones sancionadas por la CNMC desde 2015 hasta 2019 han tenido una duración media de 73 meses, es decir, algo más de seis años. El volumen de negocios de las infractoras en el mercado afectado ha sido en media de 283 millones de euros, y la media anual de las sanciones impuestas han sido de 2,9 millones de euros. En todos los casos, las variables presentan una elevada dispersión y una acusada variabilidad entre unos años y otros.

Además de las variables mencionadas con anterioridad, para poder analizar la capacidad de disuasión de las multas impuestas se han generado otras variables a partir de las anteriores:

- I. Beneficio ilícito potencial: es el beneficio ilícito potencialmente obtenido por la empresa sancionada durante la infracción. El término potencial quiere subrayar que no se trata de estimar con precisión el beneficio ilícito efectivamente obtenido, para lo que con frecuencia no hay datos suficientes en el expediente. El objetivo es obtener un valor de referencia por empresa que sirva para estimar la sanción óptima. Se obtiene multiplicando el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción por una variable que aproxima el margen de beneficio de la empresa, tal y como se ha definido anteriormente.
- II. Sanción óptima: es igual al beneficio ilícito potencial multiplicado por el factor de disuasión. La sanción óptima es el valor mínimo en euros que tiene que alcanzar la multa para ser suficientemente disuasoria. Por ser un valor mínimo, podemos utilizarlo también como un valor de referencia para comprobar la proporcionalidad de la sanción en relación con la dimensión efectiva de la infracción, como se ha explicado en el apartado 1.a al referirnos al límite de proporcionalidad. Por tanto, conviene tener en cuenta que la sanción óptima es a la vez disuasoria y proporcionada.

- III. Sanción legal máxima: la sanción máxima es la multa más alta en euros que se puede imponer a una empresa de acuerdo con el límite legal establecido en la LDC. Como se ha mencionado antes, de acuerdo con el artículo 63 de esta ley, para las sanciones muy graves se establece como máximo un 10% del volumen de negocios total de la entidad sancionada en el año inmediatamente anterior a la imposición de la sanción, un 5% del volumen de negocios total para las sanciones graves y un 1% para las sanciones leves.
- IV. Relación entre la sanción impuesta y la sanción óptima: es el cociente entre la sanción impuesta (antes de la prohibición de *reformatio in peius* y de la exención o reducción por clemencia) y la sanción óptima estimada para cada empresa. Si el cociente tiene un valor igual o superior a 1, la sanción impuesta es igual o mayor que la óptima, por lo que resulta disuasoria. Por el contrario, cuando este cociente tiene un valor inferior a 1 nos estará indicando que la sanción impuesta es inferior a la sanción óptima, por lo que se trata de una multa no disuasoria. A partir del valor de este cociente se genera una variable dicotómica que indica si la sanción impuesta es o no disuasoria.
- V. Diferencia entre la sanción máxima y la sanción impuesta: diferencia en euros entre la sanción máxima prevista en la LDC y la sanción impuesta. Si la sanción máxima es mayor que la impuesta, quiere decir que había margen para que la autoridad de competencia impusiera una multa mayor. En cambio, el caso contrario no puede darse en la práctica.
- VI. Carácter monoproducción de las empresas: esta variable indica si la empresa tiene un carácter que tiende a ser mono o multiproducción. Para ello se calcula el cociente “VNMA anual medio/VNT”, que ya se ha mencionado en la revisión de la literatura. Este cociente permite cuantificar la proporción del volumen de negocios total de una empresa que se genera en el mercado afectado por la infracción. El VNMA anual medio es el cociente entre la facturación de la empresa infractora en el mercado afectado durante la conducta y la duración de la infracción, mientras que el VNT es la cifra de negocios total el año anterior a la imposición de la multa. Cuanto más próximo a 1 es el valor del cociente, la empresa desarrolla una mayor proporción de su actividad en el mercado afectado, y puede afirmarse que tiene un carácter más monoproducción; en cambio, cuanto más próximo a 0 es el valor del cociente, la empresa desarrolla una menor proporción de su actividad en el mercado afectado, y por lo tanto tiene un carácter más multiproducción.

3. Análisis de los resultados

a. Análisis general

El objetivo del artículo es analizar si las sanciones impuestas por la CNMC desde la anulación de la Comunicación son disuasorias, y en el caso de las sanciones que no son disuasorias, comprender las razones por las que la aplicación del método para el cálculo de las sanciones no permite alcanzar este objetivo.

Para determinar si las sanciones impuestas han sido o no disuasorias, se compara la sanción óptima –que en principio cumple con los dos principios de proporcionalidad y disuasión– con la sanción efectivamente impuesta. Como se ha explicado antes, si la sanción impuesta es mayor que la sanción óptima, la sanción impuesta por la CNMC se considera una sanción disuasoria. Por el contrario, si la sanción impuesta es menor que la sanción óptima, no se considerará disuasoria. En el caso de las sanciones no disuasorias es necesario realizar una distinción adicional. Por un lado, hay casos en los que la multa máxima que la CNMC puede imponer de acuerdo con los límites establecidos en el artículo 63 de la LDC es superior a la multa óptima, y, por otro lado, hay casos en los que la multa máxima es inferior a la multa óptima. En este segundo caso, por tanto, la falta de disuasión de las sanciones se debe al límite legal establecido. Así, de acuerdo con los criterios expuestos, la tabla 4 muestra el número de sanciones disuasorias y el número de sanciones no disuasorias impuestas desde febrero de 2015.

Tabla 4: Carácter disuasorio o no de las sanciones de la autoridad de competencia

Sanciones	Número	Porcentaje sobre el total
Disuasorias	87	13,9%
No disuasorias	538	86,1%
Multa máxima < Multa óptima	314	50,2%
Multa máxima > Multa óptima	224	35,8%
Total	625	100%

Como se puede apreciar en la tabla, el 86,1% de las sanciones impuestas por la CNMC con el nuevo método no son suficientemente altas como para asegurar el efecto disuasorio de las mismas. Sin embargo, en un 58,4% de los casos en los que las sanciones no son disuasorias (lo que supone un 50,2% del total) la sanción legal máxima es inferior a la sanción óptima, lo que indica que la sanción óptima no podía alcanzarse en la práctica debido al límite legal establecido en la LDC, independientemente del método que se utilizara para la determinación de las multas.

Esto implica que el 35,8% de las sanciones impuestas por la CNMC no llegan a ser disuasorias sin alcanzar el límite legal máximo.

Además de analizar el número de sanciones que son o no disuasorias, es interesante valorar el volumen de mercado afectado por las infracciones sancionadas. Así, en la tabla 5, se muestra el volumen de mercado afectado para todas las sanciones incluidas en la base de datos, para las sanciones disuasorias y para las sanciones no disuasorias, diferenciando en este último caso aquellos casos en los que la multa máxima era superior a la multa óptima y viceversa.

Tabla 5: VNMA afectado por las infracciones y carácter disuasorio o no de las sanciones

Sanciones	VNMA (€)	Porcentaje sobre el total
Disuasorias	2.022.361.864	1,1%
No disuasorias	173.943.533.362	98,9%
Multa máxima < Multa óptima	140.952.779.532	80,1%
Multa máxima > Multa óptima	32.990.753.830	18,8%
Total	175.965.895.225	100,0%

Como se puede ver, las sanciones no disuasorias representan el 98,9% del total del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) por el conjunto de las infracciones contra la normativa de competencia. Sin embargo, este resultado vuelve a verse matizado significativamente cuando se considera que entre los casos en los que las sanciones no son disuasorias, el 81,0% del volumen de mercado afectado (el 80,1% del VNMA total) corresponde a aquellas sanciones en las que la multa legal impide en la práctica que la sanción impuesta llegue al nivel de la multa óptima. Por tanto, solo el 18,8% del VNMA total corresponde a casos en los que las sanciones impuestas por la CNMC no llegan a ser disuasorias sin alcanzar el límite legal máximo.

Una vez analizado cuántas de las sanciones impuestas han sido o no disuasorias, el papel desempeñado por el límite legal máximo, y de haber cuantificado el volumen de negocios en el mercado afectado que representa cada uno de los dos grupos, examinamos a continuación las principales características de las infracciones sancionadas: la duración media y el VNMA medio de los casos asociados a cada grupo de sanciones, así como el volumen de negocios total (VNT) medio de las empresas sancionadas, junto con sus respectivas desviaciones típicas. La siguiente tabla muestra estas características para los grupos de sanciones que venimos analizando.

Tabla 6: Duración, VNMA y VNT: valores medios, dispersión y carácter disuasorio o no de las sanciones

Sanciones	Duración media (meses)	Desv. est.	VNMA medio (€)	Desv. est.	VNT medio (€)	Desv. est.
Disuasorias	45	54	23.245.539	39.143.657	1.783.620.038	9.132.232.999
No Disuasorias						
Multa máxima < Multa óptima	97	71	448.894.202	1.405.462.644	97.015.691	277.049.523
Multa máxima > Multa óptima	50	66	147.280.151	710.126.279	637.007.574	3.291.531.948
Todas	73	71	282.823.278	1.099.376.932	524.264.898	3.989.795.178

Los datos de la tabla anterior muestran que las sanciones disuasorias son las que corresponden a casos con una menor duración media, con un volumen medio de negocios en el mercado afectado significativamente más bajo, y que se imponen a empresas cuyo volumen de negocio total es más elevado. Es decir, las sanciones disuasorias corresponden, en general, a infracciones con un menor grado de afectación al mercado que se imponen a empresas grandes –con un VNT elevado–, por lo que el límite legal máximo no impide la disuasión. Por el contrario, las sanciones no disuasorias fueron impuestas en las infracciones de mayor duración y que afectan a un volumen de mercado relativamente mayor. De hecho, los casos en los que la falta de disuasión se debe a que el límite legal máximo impide llegar a la sanción óptima son precisamente los que han tenido un mayor impacto relativo en el mercado afectado, en términos de duración (97 meses, casi el doble que en los casos en que no salta el límite legal) y en términos de volumen de negocios (casi 449 millones de euros, tres veces más que el VNMA de los casos en los que no salta el límite legal), mientras que su VNT medio es relativamente bajo (algo más de 97 millones de euros, seis veces menos que el de los casos en los que no salta el límite legal).

Interesa ahora analizar en más profundidad en qué medida la falta de disuasión de las sanciones se debe al límite legal y en qué medida es atribuible a la aplicación del método de determinación de sanciones, por lo que nos centraremos hasta el final de esta sección en los casos en los que la sanción impuesta se considera no disuasoria, que como se ha dicho, suponen un 86% del total de sanciones analizadas.

La falta de disuasión, como se ha dicho, viene indicada por una multa óptima superior a la multa impuesta ($M_{opt} > M_{imp}$). Ahora bien, como se ha visto en las tablas anteriores, a su vez esto puede producirse en dos tipos de casos: aquellos en los que el límite legal máximo es superior

que la multa óptima ($M_{max} > M_{opt}$), y aquellos en los que la multa óptima es superior al límite legal máximo ($M_{opt} > M_{max}$). En el primer grupo de casos (un 35,8% del total) la falta de disuasión de la sanción se explica enteramente por la aplicación que la CNMC hace del método sancionador. En cambio, en el segundo grupo de casos (un 50,2% del total), la falta de disuasión se explica en parte por el límite legal máximo y en parte por la aplicación del método sancionador, aunque en el análisis de las tablas anteriores, de manera simplificada, se había atribuido en exclusiva la falta de capacidad de disuasión al límite impuesto por el artículo 63 de la LDC.

Para cada observación de este segundo grupo de sanciones no disuasorias, caracterizado por $M_{opt} > M_{max}$, se ha obtenido por un lado la diferencia entre la multa óptima y la multa legal máxima ($M_{opt} - M_{max} > 0$) y, por otro la diferencia entre la multa legal máxima y la multa impuesta ($M_{max} - M_{imp} > 0$). A partir de estos valores se ha calculado el cociente $M_{opt} - M_{max} / M_{opt} - M_{imp}$, donde el denominador es la suma de las dos diferencias anteriores. El cociente muestra qué proporción de la falta de capacidad disuasoria de una sanción se puede explicar por el límite legal, de manera que el valor recíproco del cociente indica la proporción en que la falta de disuasión es atribuible a la aplicación del método sancionador.

El resultado es que la insuficiente capacidad de disuasión se explica por término medio en una proporción significativamente mayor (67,0%) por la presencia del límite legal máximo, mientras que solo un 33,0% de la falta de disuasión se debe a la aplicación del método de la CNMC para la fijación de sanciones.

Que la falta de capacidad disuasoria de ese subconjunto de las multas impuestas por la CNMC se explique en un 33,0% por la aplicación del método sancionador es lo mismo que afirmar que esa proporción de la disuasión insuficiente se debe a la fijación de tipos sancionadores por debajo del límite legal máximo, y lo mismo sucede con el subconjunto de multas no disuasorias que se explican enteramente por la aplicación del tipo sancionador. Se ha estado utilizando la expresión “aplicación del método sancionador” porque la metodología sancionadora no produce un único tipo sancionador posible, sino que la valoración cualitativa que la CNMC realiza de cada caso a la hora de aplicar esa metodología puede producir valores más o menos próximos al límite legal máximo, de manera que, para un mismo expediente, distintas valoraciones por parte del Consejo de la CNMC podrían dar lugar a tipos sancionadores más o menos elevados.

b. Ejemplo ilustrativo

El ejemplo siguiente puede facilitar la comprensión de todo lo analizado hasta el momento. Imaginemos un expediente sancionador por una infracción del artículo 1 de la LDC en el que se sanciona a seis empresas, denominadas con las letras A-G. En la tabla siguiente se muestra la

duración en meses, la facturación en el mercado afectado durante ese tiempo y el volumen de negocios total de cada una en el año anterior a la imposición de la sanción.

Tabla 7: Duración, VNMA y VNT

Empresa	Duración mayor (meses)	VNMA total (€)	VNT en el período anterior a la multa (€)
A	85	152.000.000	176.000.000
B	80	23.000.000	996.000.000
C	75	133.000.000	186.000.000
D	95	82.000.000	96.000.000
E	95	69.000.000	291.000.000
F	95	74.000.000	98.000.000

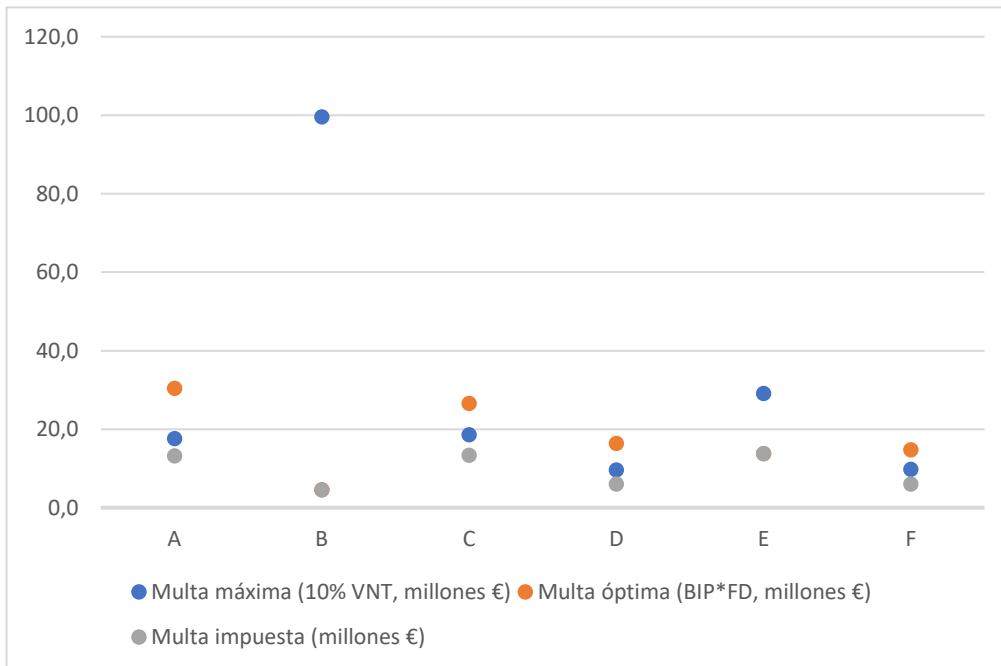
La resolución sancionadora de la CNMC sobre este expediente se traduce en los tipos sancionadores y multas en euros que se muestran en la tabla siguiente, que también recoge la multa legal máxima y la multa óptima para cada empresa.

Tabla 8: Tipos sancionadores y multas máxima, óptima e impuesta

Empresas	Tipos sancionadores (%)	Multa máxima (Mmax, millones €)	Multa óptima (Mopt, millones €)	Multa impuesta (Mimp, millones €)
A	7,5	17,6	30,4	13,2
B	5,4	99,6	4,6	4,6
C	7,2	18,6	26,6	13,4
D	6,3	9,6	16,4	6,0
E	6,1	29,1	13,8	13,8
F	6,2	9,8	14,8	6,1

A partir de estos datos, la figura siguiente muestra gráficamente las relaciones entre los valores de las tres últimas columnas. Como puede verse fácilmente, en los casos de las empresas B y E, $M_{max} > M_{imp}$ y, a su vez, $M_{imp} = M_{opt}$. Por tanto, para estas dos empresas, la multa impuesta es factible (inferior a la multa máxima) y plenamente disuasoria.

Figura 1: Multas máxima, óptima e impuesta



En cambio, en el caso de las empresas A, C, D y F, $M_{opt} > M_{max}$ y, a su vez, $M_{max} > M_{imp}$. Por tanto, la multa impuesta no es disuasoria, y esto se debe en parte a que la multa óptima no es factible (es superior a la multa máxima), y en parte a que la multa impuesta está aún por debajo de la multa máxima.

Por último, la tabla siguiente muestra el indicador de capacidad de disuasión (M_{imp}/M_{opt}), que indica falta de disuasión cuando el resultado es inferior a uno, y multas disuasorias cuando es igual o superior a uno. En el caso de las empresas que recibieron sanciones no disuasorias, la tabla indica también la parte de la falta de disuasión que se explica por la restricción del límite legal máximo y la parte que corresponde al tipo sancionador fijado.

Tabla 9: Capacidad de disuasión y explicación de la disuasión insuficiente

Empresas	Capacidad de disuasión (Mimp/Mopt<1, falta de disuasión)	Falta de disuasión debida al límite legal máximo (%)	Falta de disuasión debida al tipo sancionador fijado (%)
A	0,43	74,4	25,6
B	1,00	-	-
C	0,50	60,6	39,4
D	0,37	65,7	34,3
E	1,00	-	-
F	0,41	57,3	42,7

Como se indicó al analizar las sanciones recogidas en la base de datos que cubre el período estudiado, en general la parte de la falta de disuasión que es explicada por el límite legal es significativa (entre el 57% y el 75%) y no tiene remedio. En cambio, la parte de la falta de disuasión que se explica por la aplicación del método sancionador puede reducirse aumentando el tipo sancionador fijado.

Por ejemplo, si el Consejo de la CNMC considerara que el rigor de la sanción impuesta debe ser mayor, el tipo sancionador de todas las empresas podría incrementarse en un punto porcentual. Esto tendría como consecuencia un aumento de Mimp que se aproximaría tanto a Mmax como a Mopt, pero tanto Mmax como Mopt permanecerían inalteradas. Como consecuencia, la falta de disuasión de las sanciones se reduciría respecto a la tabla anterior ya que el cociente de capacidad de disuasión aumenta (solo se muestran las empresas con sanciones no disuasorias), y también disminuiría tanto en términos absolutos como en términos relativos la parte de la falta de disuasión que se debe al tipo sancionador fijado; por otra parte, la parte de falta de disuasión que se explica por el límite máximo se mantendría en términos absolutos, pero lógicamente su peso aumentaría en términos relativos.

Tabla 10: Modificación de tipos sancionadores, capacidad de disuasión y explicación de la disuasión insuficiente

Empresas	Tipos sancionadores +1 p.p. (%)	Capacidad de disuasión (Mimp/Mopt<1, falta de disuasión)	Falta de disuasión debida al límite legal máximo (%)	Falta de disuasión debida al tipo sancionador fijado (%)
A	8,5	0,49	82,9	17,1
C	8,2	0,57	70,5	29,5
D	7,3	0,43	72,4	27,6
F	7,2	0,48	64,6	35,4

Una vez que se han estudiado los resultados agregados y se han ilustrado con el ejemplo desarrollado en esta sección, interesa analizar a continuación qué factores pueden afectar a la disuasión de las sanciones.

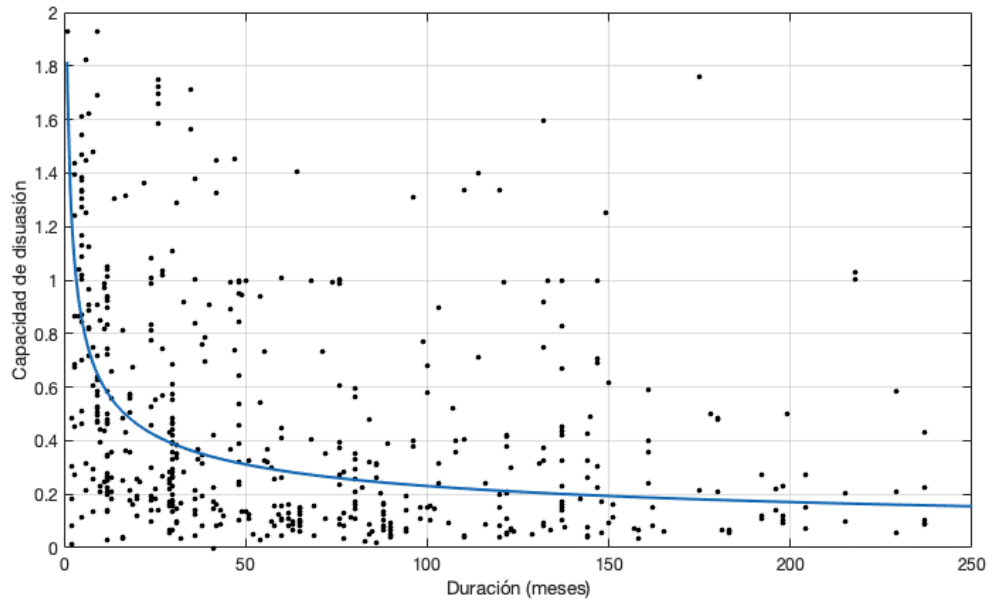
c. Factores que afectan a la falta de disuasión

Tras realizar una valoración general de la capacidad de disuasión de las sanciones impuestas por la CNMC entre 2015 y 2019 con la actual metodología, se analiza a continuación cómo varía la capacidad de disuasión de las sanciones con las variables más relevantes para el cálculo de las sanciones. Es decir, se examina cómo afectan a la capacidad de disuasión los cambios en la duración de la infracción, en el volumen del mercado afectado o en el volumen de negocios total. También se ha analizado si las sanciones son más o menos disuasorias cuando se trata de empresas de carácter monoproducción o multiproducción.

En primer lugar, se ha analizado la relación entre la capacidad de disuasión de las multas y la duración de las infracciones sancionadas. La Figura 2 muestra la relación entre la duración de las conductas y la disuasión de las sanciones. En el eje vertical se muestra la capacidad de disuasión de la sanción impuesta medida con el cociente Mimp/Mopt. Como ya se ha indicado anteriormente, si el cociente es mayor o igual que 1, estaríamos ante una sanción disuasoria. En el eje horizontal, se muestra la duración de las conductas. Solo a efectos ilustrativos, se representa en gris la curva de regresión ajustada a las observaciones⁷.

⁷ Las curvas de regresión que se muestran en los gráficos de esta sección no pretenden explicar con rigor la capacidad de disuasión, puesto que para ello habría que incluir en cada caso variables explicativas adicionales.

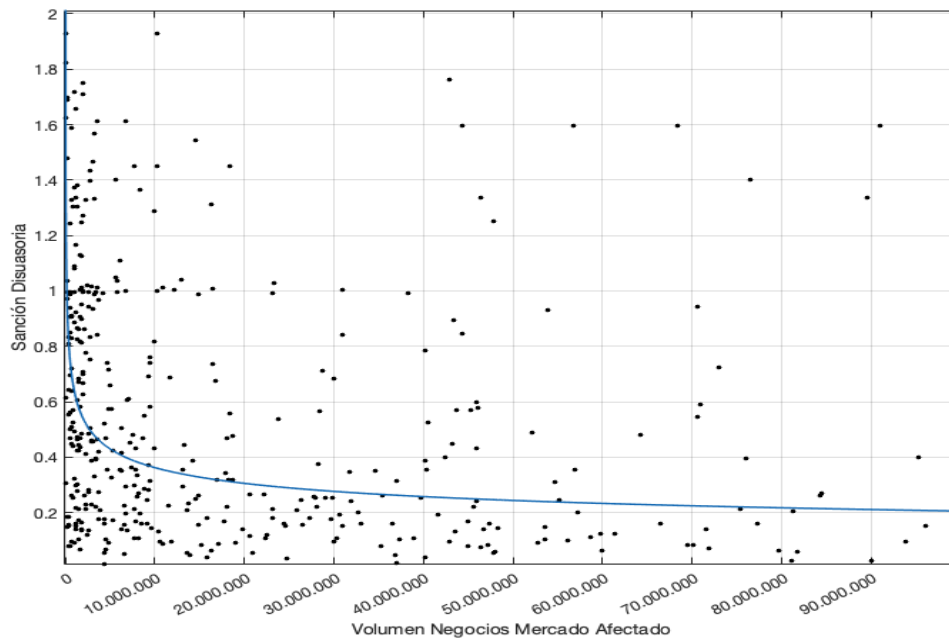
Figura 2: Capacidad de disuasión y duración de la infracción



Tal y como se muestra en la gráfica, las sanciones disuasorias tienden a imponerse en aquellas infracciones cuya duración es menor. Al aumentar la duración y mantener constantes el resto de las variables, la capacidad de disuasión de las sanciones impuestas disminuye. En general, cuanto mayor es la duración de una conducta contraria a la normativa de defensa de la competencia, mayor es su impacto en el mercado, y puede esperarse que la multa necesaria para ser plenamente disuasoria será más elevada, por lo que la probabilidad de que no sea suficientemente disuasoria es mayor.

En segundo lugar, se ha analizado la relación entre la disuasión de las sanciones y la facturación de las entidades infractoras en el mercado afectado por las infracciones. En la Figura 3 se muestra, para cada una de las sanciones incluidas en la base de datos, la relación entre su capacidad de disuasión (de nuevo medida como $Mimp/Mopt$) y el VNMA durante la infracción. La línea gris muestra la regresión que mejor se ajusta a las observaciones.

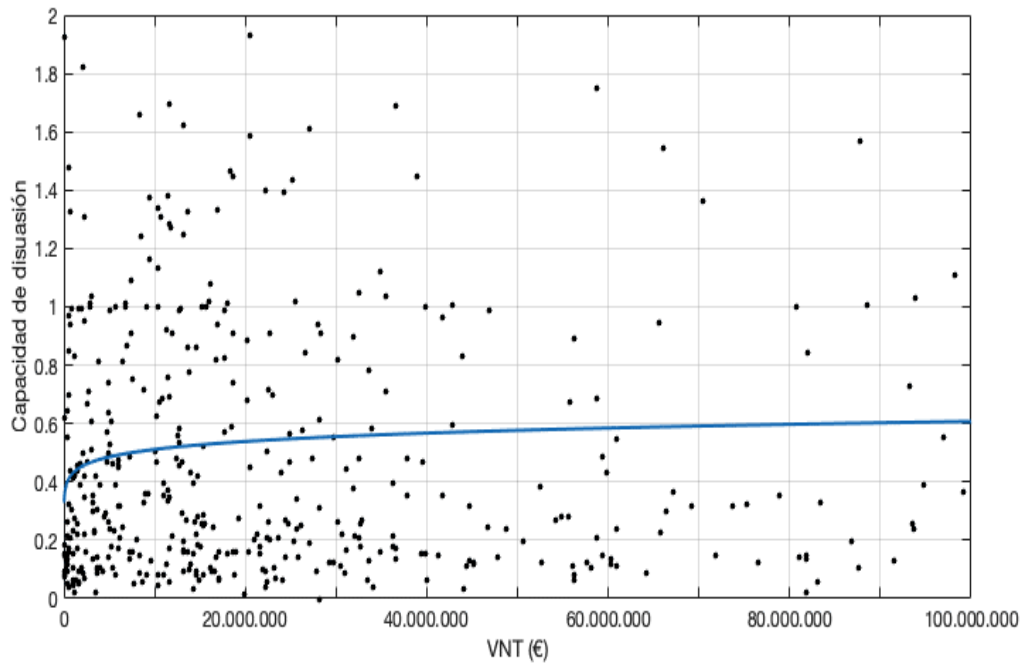
Figura 3: Capacidad de disuasión y VNMA



Como se puede apreciar, en este caso sucede algo análogo a lo que vimos para la duración: cuanto mayor es el volumen de negocios en el mercado afectado, *ceteris paribus*, menor es la capacidad de disuasión de las sanciones impuestas. Este resultado implica que, como cabía esperar, las infracciones que con más probabilidad reciben sanciones disuasorias son las que han proporcionado a las empresas infractoras una facturación más reducida en el mercado afectado.

Para poder observar la relación entre volumen de negocio total de las empresas infractoras y la capacidad de disuasión de las sanciones que se les impusieron, en la Figura 4 se ha realizado la misma comparación que en las dos figuras anteriores. En el eje horizontal se muestra el volumen de negocios total de las empresas infractoras y en el eje vertical la capacidad de disuasión de sus sanciones (cociente $Mimp/Mopt$). La línea gris es la recta de regresión, aunque de nuevo es solo con un objetivo ilustrativo, porque la bondad del ajuste es reducida.

Figura 4: Capacidad de disuasión y VNT



La relación que se muestra en la figura anterior no es tan clara como en las anteriores, aunque puede comprobarse que la capacidad de disuasión aumenta en cierta medida al aumentar el volumen de negocios neto del año anterior a la imposición de la sanción. Esto es lógico si se piensa que el límite legal máximo será una cifra más alta a medida que aumenta el VNT, y por tanto será posible imponer sanciones más elevadas si fueran necesarias para asegurar la necesaria capacidad disuasoria.

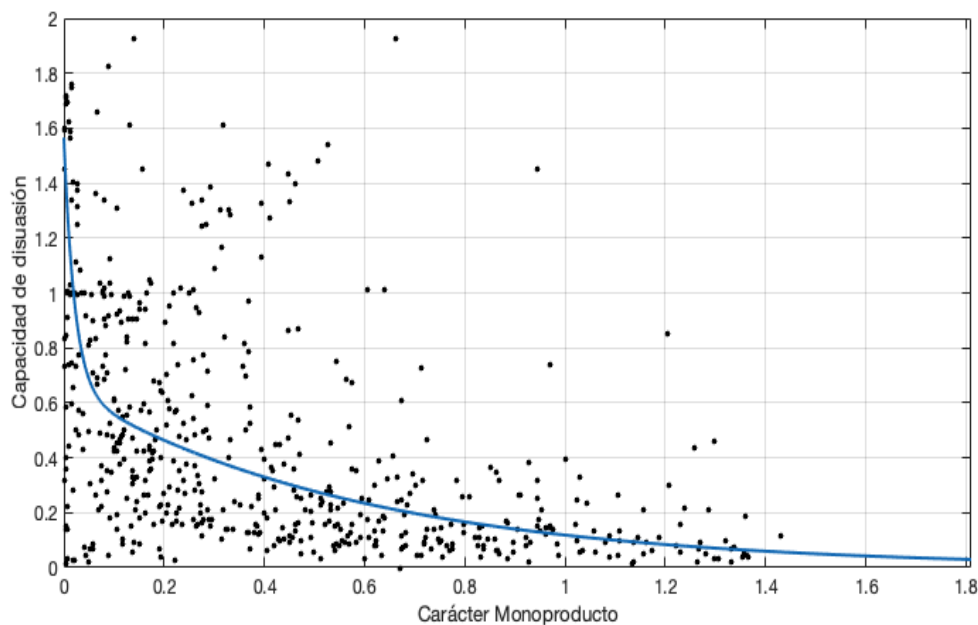
No obstante, para que las sanciones sean disuasorias el coste esperado de participar en una infracción deber ser mayor que el beneficio esperado, y este beneficio no depende del volumen de negocios total de la empresa sino del volumen que esta facture en el mercado afectado por la infracción (VNMA). Por otra parte, la actividad del mercado afectado por la infracción puede ser la única actividad de la empresa o puede ser una de muchas en las que esté presente, es decir, las empresas sancionadas pueden tener un carácter más monoproducción o más multiproducción. En el primer caso, el volumen de negocios total anual será muy similar al VNMA medio anual durante la infracción, pero en el segundo caso será significativamente menor.

Por todo lo anterior, para poder evaluar el verdadero papel del límite legal máximo impuesto por la LDC sobre la capacidad de disuasión de las sanciones, no puede tomarse únicamente la facturación en el mercado afectado durante la infracción ni el volumen de negocios total, sino la relación entre ambos. Es decir, debe analizarse el carácter más o menos multiproducción de las

empresas para observar si las sanciones son más disuasorias cuando las empresas producen básicamente un único producto o, por el contrario, si las empresas que tienen una gama más diversificada de productos son las que reciben sanciones más disuasorias.

Con este objetivo, en la Figura 5 se muestra la relación entre la capacidad de disuasión de las sanciones y la diversificación de actividades de las empresas infractoras. Esta figura aúna el análisis realizado en las dos figuras anteriores.

Figura 5: Capacidad de disuasión y diversificación de la producción



En el eje vertical se muestra como es habitual la capacidad de disuasión de las sanciones (cociente $Mimp/Mopt$), mientras que en el eje horizontal se muestra si la empresa tiene más o menos diversificada su actividad (cociente $VNMA \text{ total medio} / VNT$). Cuanto más a la derecha nos situemos en el eje horizontal, la empresa tendrá una producción menos diversificada, por lo que consideraremos que tiene un carácter más monoproducto, y viceversa. Los valores superiores a 1 de este último indicador se deben a que el VNMA anual medio durante la infracción puede, en ocasiones, ser superior al concreto VNT del año anterior a la imposición de la sanción.

Tal y como se puede apreciar en la gráfica anterior, las sanciones son claramente más disuasorias cuanto más diversificada está la actividad de la empresa, es decir, cuanto más acentuado es su carácter multiproducto, lo que está en línea con las conclusiones de la literatura

especializada⁸. Esto se debe a que, en una empresa con diversas actividades aparte de la que realiza en el mercado afectado por la infracción, el beneficio obtenido por la participación en una infracción que solo afecte a una de ellas será significativamente inferior al volumen de negocios total de la empresa. Por tanto, el límite legal máximo tenderá a estar por encima de la multa disuasoria. En cambio, en el caso extremo de que la empresa tenga únicamente una actividad, el beneficio ilícito obtenido será mucho más elevado en relación con su volumen de negocios total, sobre todo si la infracción se prolonga durante varios años, por lo que es más probable que el límite legal máximo esté por debajo de la multa disuasoria.

d. Comparación anual de sanciones

Además de examinar las distintas variables que afectan a la capacidad de disuasión de las sanciones, es relevante conocer cómo han evolucionado a lo largo de los años. Para analizar si la capacidad de disuasión de las sanciones fijadas con el nuevo método ha variado desde el comienzo de su aplicación se han analizado las sanciones de forma anual. La siguiente tabla muestra para cada año el porcentaje de las sanciones impuestas que han sido disuasorias.

Tabla 11: Carácter disuasorio o no de las sanciones a lo largo del tiempo

Año	Disuasorias	No disuasorias
2015	11,3%	88,7%
2016	12,0%	88,0%
2017	2,6%	97,4%
2018	11,3%	88,8%
2019	37,0%	63,0%

Como se puede observar, los años 2015, 2016 y 2018 se han alcanzado niveles de disuasión similares (el 11%-12% del total de las sanciones impuestas fueron disuasorias). Este porcentaje es mucho menor en 2017, mientras que el mejor dato de disuasión es precisamente el correspondiente al año 2019, con un 37% de sanciones disuasorias. En cualquier caso, no se observa una tendencia clara al alza en la disuasión alcanzada por las sanciones impuestas, y esto es coherente con las diversas variables que inciden en el resultado, analizadas en la sección anterior, que pueden variar significativamente entre expedientes sancionadores.

⁸ En efecto, similares resultados aparecen en Bageri, V., Katsoulacos, Y. & Spagnolo, G. (2013). The distortive effects of antitrust fines based on revenue. *The Economic Journal*, 123(572), 545-557, y también en Bos, I. & Schinkel, M.P. (2006). On The Scope For The European Commission's 2006 Fining Guidelines Under the Legal Maximum Fine. *Journal of Competition Law and Economics*, 2(4), 673-682.

Como ya se explicó, entre las sanciones no disuasorias se puede distinguir entre aquellas sanciones en las que la sanción máxima es mayor que la sanción óptima, y por lo tanto la falta de disuasión se vería explicada por la aplicación de la metodología (la diferencia entre el tipo sancionador impuesto y el tipo máximo legal), y aquellas sanciones en las que la multa óptima es mayor que la sanción máxima, y en las que por lo tanto el límite legal impide alcanzar en buena parte la disuasión deseada. La siguiente tabla analiza cómo ha variado el porcentaje de cada una de estas sanciones.

Tabla 12: Tipos de sanciones no disuasorias a lo largo del tiempo (respecto del total de sanciones no disuasorias)

Año	Multa máxima < Multa óptima	Multa máxima > Multa óptima
2015	46,9%	53,1%
2016	69,5%	30,5%
2017	67,3%	32,7%
2018	53,5%	46,5%
2019	66,7%	33,3%

Se puede observar que, en todos los años analizados excepto en 2015, la proporción de sanciones no disuasorias en las que la multa máxima establecida por la LDC ha supuesto un límite para la disuasión es mayor que la de sanciones en las que podría haberse alcanzado la disuasión sin sobrepasar el límite establecido en la ley. Así, entre 2016 y 2019, entre el 53% y el 70% de todas las sanciones no disuasorias tenían una sanción máxima menor que la multa óptima, por lo que la multa óptima nunca se podría haber alcanzado.

Tal como se vio en el análisis agregado, tan importante como el número de sanciones que han sido o no disuasorias es analizar el volumen de negocios de las infractoras en el mercado afectado por las infracciones que han merecido esas sanciones. Así, la siguiente tabla muestra para cada uno de los años analizado el VNMA de las sanciones disuasorias y el de las sanciones no disuasorias.

Tabla 13: Proporción del VNMA relacionado con las sanciones disuasorias o no a lo largo del tiempo

Año	Disuasorias	No disuasorias
2015	0,1%	99,9%
2016	2,9%	97,1%
2017	0,1%	99,9%
2018	2,5%	97,5%
2019	3,1%	96,9%

Es decir, a pesar de que un porcentaje relevante de las sanciones impuestas sean disuasorias, se trata de sanciones impuestas a empresas cuya facturación en el mercado afectado representa un porcentaje reducido respecto del total del volumen de mercado afectado por las conductas sancionadas. De nuevo, se confirma que es menos probable que las infracciones que afectan a un VNMA elevado reciban sanciones plenamente disuasorias.

Como se hizo para los resultados agregados para el período examinado, en el caso de las sanciones no disuasorias se ha analizado también si las que tienen el límite legal máximo por debajo de la sanción óptima representan un mayor o menor porcentaje del VNMA total que las sanciones que no se ven afectadas por ese límite. La siguiente tabla muestra los resultados.

Tabla 14: Proporción del VNMA relacionado con los dos grupos de sanciones no disuasorias a lo largo del tiempo

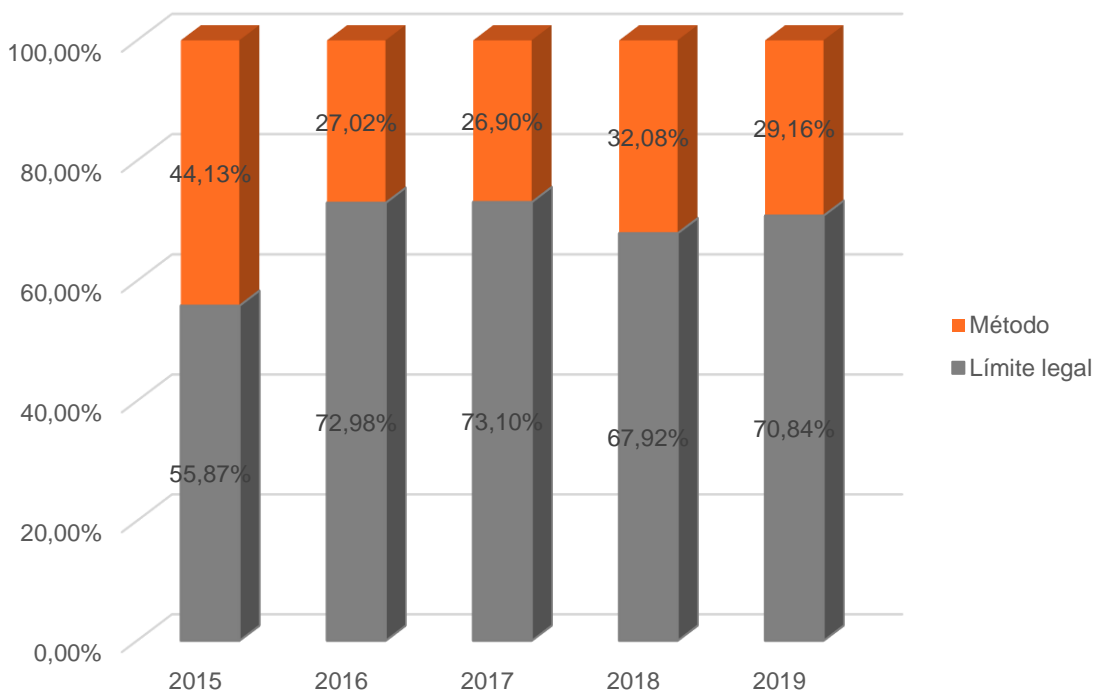
Año	Multa máxima < Multa óptima	Multa máxima > Multa óptima
2015	81,1%	18,9%
2016	96,1%	3,9%
2017	84,8%	15,2%
2018	69,2%	30,8%
2019	81,1%	18,9%

Esta última tabla muestra claramente que en todo el periodo analizado las sanciones en las que el límite legal máximo supone una limitación para imponer sanciones disuasorias representan, según el año, entre un 69% y un 96% del volumen de mercado afectado por todas las sanciones no disuasorias. En la tabla 9 se vio que la mayor parte del volumen de mercado afectado corresponde a infracciones que recibieron sanciones no disuasorias, pero esta tabla nos indica que, entre esas sanciones, la mayoría del VNMA está relacionado con las infracciones en las

que la sanción máxima que la CNMC puede imponer es menor que la sanción óptima que se debería imponer para alcanzar el nivel de disuasión deseado.

Por último, interesa reproducir el análisis realizado anteriormente con los datos agregados para valorar, en el caso de las sanciones en las que la multa máxima es menor que la multa óptima, cómo evoluciona con los años la proporción de la falta de disuasión que puede explicarse por el límite legal máximo y la que se explica por la aplicación del método de imposición de sanciones. El método de cálculo empleado es idéntico al descrito en la sección a de este apartado. La siguiente gráfica muestra, para cada uno de los años de la base de datos, a qué factor se debe la falta de disuasión para aquellas sanciones en las que la multa óptima es mayor que la multa máxima.

Figura 6: Evolución de la explicación de la falta de disuasión cuando $M_{opt} > M_{max}$



Como se puede observar, en todos los años analizados la falta de capacidad de disuasión por término medio se debe en mayor medida al límite legal máximo establecido en la LDC. El porcentaje de falta de disuasión correspondiente a este factor se situó en el 56% en 2015, pero desde entonces ha oscilado en torno al 70% entre 2016 y 2019.

Esta información permite concluir que el límite legal tiene un gran impacto en la capacidad de disuasión de las sanciones, independientemente del método que se utilice para su determinación.

4. Conclusiones

El artículo analiza el nivel de disuasión que tienen las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) durante el periodo comprendido entre los años 2015 y 2019, describiendo cuales son los factores que pueden afectar a la capacidad disuasoria de las sanciones impuestas.

Este artículo aprovecha que ya se dispone de una base de datos amplia de resoluciones sancionadoras originales y de recálculo posteriores a la Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2015, lo que permite obtener una visión completa de la capacidad disuasoria de las sanciones impuestas con la metodología actual, recogida en las Indicaciones provisionales.

Para analizar la capacidad disuasoria de las sanciones impuestas desde enero de 2015, el artículo compara, para cada empresa sancionada que se incluye en la base de datos, la sanción óptima (estimada a partir del beneficio ilícito potencial y de un factor de disuasión) con la sanción efectivamente impuesta. Si la sanción impuesta es igual o mayor que la multa óptima, se considera que la sanción es disuasoria, y por el contrario si la sanción es inferior a la óptima, no se considerará como disuasoria. En este último caso se distingue si esta falta de disuasión se debe a la aplicación del propio método sancionador o por el contrario se puede atribuir al límite legal establecido.

Del análisis realizado se desprende que un 13,9% de las sanciones impuestas en ese período fueron disuasorias y un 86,1% no fueron disuasorias; sin embargo, sin embargo, un 58,4% de las sanciones no disuasorias (un 50,2% del total) se explican por la presencia del límite legal máximo, mientras que el resto (el 35,8% del total) se explican por la aplicación del método de determinación de sanciones, es decir, por la imposición de un tipo sancionador inferior al máximo legal permitido.

Los resultados anteriores deben complementarse con una conclusión adicional: en los casos de falta de capacidad de disuasión en los que la sanción óptima es superior a la multa legal máxima (el 57,6% del total señalado antes), la falta de disuasión se explica en una proporción significativamente mayor (67,0%) por la presencia del límite legal máximo, mientras que sólo un 33,0% de la falta de disuasión en estos casos se debe a la aplicación del método de fijación de sanciones.

Por otro lado, si bien se impusieron sanciones no disuasorias a infracciones que se referían a la gran mayoría de la facturación en los mercados afectados (98,9% del total) en el período analizado, el 80,1% del VNMA total se corresponde con sanciones en las que la multa legal

máxima impide que la sanción impuesta llegue al nivel de la multa óptima, y solo el 18,8% del VNMA total corresponde a casos en los que las sanciones impuestas por la CNMC no llegan a ser disuasorias sin alcanzar el límite legal máximo.

En cuanto a las características que afectan al nivel de disuasión de las sanciones, el análisis realizado permite concluir que las sanciones disuasorias corresponden, en general, a infracciones con un menor grado de afectación al mercado que se imponen a empresas con un volumen de negocios total elevado, por lo que el límite legal máximo no impide la disuasión. Por el contrario, las sanciones no disuasorias fueron impuestas en las infracciones de mayor duración y que afectan a un volumen de mercado relativamente mayor. De hecho, los casos en los que la falta de disuasión se debe a que el límite legal máximo impide llegar a la sanción óptima son precisamente los que han tenido un mayor impacto relativo en el mercado afectado, en términos de duración (casi el doble que en los casos en que no salta el límite legal) y en términos de volumen de negocios en el mercado afectado (tres veces más que el VNMA de los casos en los que no salta el límite legal), mientras que su cifra de negocios total es relativamente baja (seis veces menos que el de los casos en los que no salta el límite legal).

Adicionalmente, puede concluirse que las sanciones son claramente más disuasorias cuanto más diversificada está la actividad de la empresa, es decir, cuanto más acentuado es su carácter multiproducto. En efecto, cuando una empresa tiene numerosas actividades fuera del mercado afectado por la infracción, el beneficio ilícito obtenido será significativamente inferior al volumen de negocios total de la empresa, y por tanto el límite legal máximo tenderá a estar por encima de la multa disuasoria. En cambio, en el caso extremo de que la empresa tenga únicamente una actividad, el beneficio ilícito obtenido será mucho más elevado en relación con su volumen de negocios total, sobre todo si la infracción se prolonga durante varios años, por lo que es más probable que el límite legal máximo esté por debajo de la multa disuasoria.

Finalmente, en el último apartado se examina cómo ha evolucionado la capacidad de disuasión durante el periodo analizado, pero no se observa una tendencia clara en la disuasión alcanzada por las sanciones impuestas. Esto es coherente con los diversos factores que, como se ha visto, influyen en la capacidad disuasoria de las sanciones, y que pueden variar significativamente entre expedientes sancionadores. De todas formas, las sanciones no disuasorias han registrado porcentajes elevados que oscilan entre un mínimo del 63% y un máximo del 97,4%, aunque lo más habitual ha sido que la proporción estuviera en torno al 88%. A excepción de 2015, la sanción óptima fue superior a la sanción legal máxima entre el 53% y el 70% de las sanciones no disuasorias. Y en estos casos, la falta de disuasión puede explicarse en su mayor parte, entre

el 68% y el 73%, por el límite legal máximo. Por tanto, puede concluirse que el límite legal establecido por la LDC tiene un impacto importante en la capacidad de disuasión de las sanciones, independientemente del método que se utilice para su determinación.

Referencias

- Bageri, V., Katsoulacos, Y. & Spagnolo, G. (2013). The distortive effects of antitrust fines based on revenue. *The Economic Journal*, 123(572), 545-557.
- Bos, I. & Schinkel, M.P. (2006). On The Scope For The European Commission's 2006 Fining Guidelines Under the Legal Maximum Fine. *Journal of Competition Law & Economics*, 2(4), 673–682.
- CNC (2009): 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 (11 de Febrero de 2009).
- CNMC (2018): Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación 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.
- Comisión Europea (2006): Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02), DO de 1 de septiembre de 2006.
- Comisión Europea (2014): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Diez años de Aplicación de la Normativa Antimonopolio del Reglamento (CE) nº 1/2003: logros y perspectivas futuras, COM/2014/0453 final.
- García-Verdugo, J., Merino, C. & Gomez, L. (2017). Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de competencia (2011-2015). En Cases, L. (dir.): *Anuario de la competencia 2016*, pp. 345-380. Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- García-Verdugo, J., Merino, C. & Gómez, L. (2018). An Economic Assessment of Antitrust Fines in Spain. 41(3). *World Competition*, 41(3), 335-366.

García-Verdugo, J., Merino, C. & Martín, A.M. (2020). Probability of Cartel Detection in Spain: An Assessment. *Journal of European Competition Law and Practice*, 11(3-4), 188-193.

García-Verdugo, J., Viejo, A. & Merino, C. (2018). Análisis comparativo de los métodos de determinación de sanciones de competencia a través de las resoluciones de recálculo. En Cases, L. (dir.): *Anuario de la competencia 2017*, pp. 351-374. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daño. BOE núm. 101 de 28 de abril de 2021, páginas 49749 a 49924

Marín-Quemada, J.M., García-Verdugo, J., & Viejo, A. (2021). La metodología de determinación de las sanciones de competencia en España y su capacidad de disuasión. En Palma, L. y Arcos, M. (dir.), *Política de competencia y mejora de la regulación económica en Andalucía (2008-2020)*. Balance y retos, Capítulo 3, Editorial Aranzadi/Thomson Reuters.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 29 de Enero de 2015, rec. núm. 2872/2013, en relación con el expediente S/0269/10, *Transitarios 2*.