

LAS MULTAS ¿SON REALMENTE DISUASORIAS?

Amadeo PETITBÒ

Catedrático de Economía Aplicada

1. INTRODUCCIÓN

La evidencia de que la competencia efectiva es beneficiosa para los consumidores y el conjunto de la economía ha fomentado la elaboración y la aplicación del Derecho de la competencia. Tradicionalmente, en el estudio de los casos se ha dado más importancia al análisis jurídico que al análisis económico pero la evidencia pone de relieve que los asuntos sometidos al escrutinio de las Autoridades de defensa de la competencia (ADC) son complejos y exigen la combinación —y, por supuesto, los conocimientos— de los análisis jurídico y económico.

Uno de los procedimientos utilizados para frenar las tentaciones de aquellos que vulneran las normas de defensa de la competencia es la imposición de sanciones. Incluso, la magnitud de las sanciones es exhibida como un indicador de la eficiencia por parte de las ADC. Sin embargo, tal supuesto no ha sido demostrado, el montante de las sanciones no obedece a criterios rigurosos e inequívocos y cuando se menciona la magnitud de las sanciones impuestas no se toma en consideración el dato realmente relevante: la sanción efectivamente impuesta tras las correspondientes revisiones jurisdiccionales. La comparación entre las sanciones fijadas por las ADC y las realmente impuestas y el tiempo transcurrido entre ambas sería un buen tema de estudio cuya autoría debería recaer en las propias ADC.

Dicho esto, otra cuestión relevante merece ser destacada. Para ser efectivas, las sanciones —tras la correspondiente revisión jurisdiccional— deben ser inequívocamente disuasorias. Se cuenta con referencias que permiten apuntar que, con demasiada frecuencia, no lo son. Por una parte, las cuantías fijadas por las ADC contienen elevadas dosis de benevolencia. Por otra parte, su capacidad de disuasión mengua —en ocasiones significativamente— tras la oportuna revisión jurisdiccional. El origen del problema reside en las lagunas que acompañan la cuantificación inicial de las sanciones, no siempre bien estimadas ni suficientemente razonadas. A ello debe sumarse la tendencia de las ADC a huir de la estimación de los efectos de las con-

ductas prohibidas sobre la base de argumentos frágiles aunque bendecidos por las autoridades comunitarias.

Mi aportación solo pretende llamar la atención sobre los mencionados asuntos a la espera de disponer de los recursos y la información necesarios para abordarlos con rigor. Sin embargo, creo más oportuno que sean las propias ADC quienes lleven a cabo dicha misión que, sobre todo, es una exigencia.

El trabajo efectuado se ha distribuido en seis apartados. En el primero se aborda la cuestión de los beneficios extraordinarios a la luz del análisis económico. En el segundo, se repasa la regulación sobre las sanciones. El tercero se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) del día 29 de enero del año 2015. En cuarto lugar, se exhiben tres ejemplos que ponen de relieve el olvido de la necesaria estimación de los beneficios ilícitos en la determinación de la cuantía de las sanciones. En el quinto apartado se ofrecen algunas referencias elementales para la estimación de dichos beneficios. Y, para terminar, se incluyen las conclusiones.

2. ABUSOS DE POSICIÓN DE DOMINIO, ACUERDOS Y BENEFICIOS EXTRAORDINARIOS

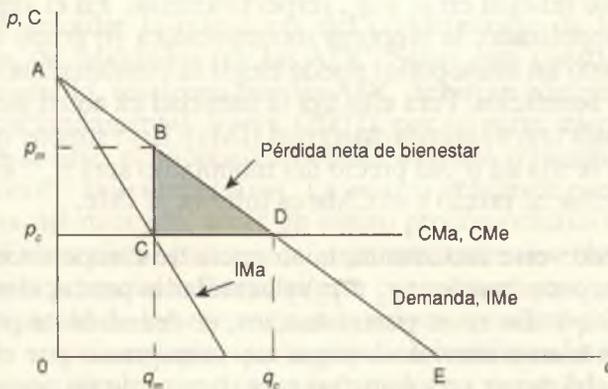
Un análisis de la estructura de los mercados en las modernas economías desarrolladas pone de relieve que las posiciones de dominio alcanzadas mediante decisiones administrativas, el desarrollo interno de las empresas o como consecuencia de acuerdos entre empresas potencialmente competidoras, son la característica habitual. El mayor riesgo inherente a dichas posiciones de dominio es su abuso. Dicho abuso tiene elevados efectos negativos sobre los consumidores, sobre la eficiencia empresarial y sobre el nivel de bienestar del conjunto de la sociedad. En particular, sus efectos se manifiestan sobre los precios, la cantidad ofrecida, la calidad de los bienes y servicios, el trato al cliente o los gastos dirigidos a mantener la posición de dominio, entre otras cuestiones. Con el fin de impedir o atenuar dichos efectos negativos, las sociedades modernas se han dotado de instrumentos de defensa de la competencia: normas y ADC.

En el caso español, la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC2007) resume, en su Preámbulo, la plataforma económica tradicional que sustenta los principios inspiradores del Derecho de la competencia moderno. Cuanto se anuncia en el Preámbulo no es muy original, ni tiene validez universal. En todo caso, se apoya en premisas sencillas pero robustas y generalmente aceptadas como demuestra el hecho de que pueden encontrarse en cualquier buen manual de introducción a la economía o a la economía industrial o de los mercados¹.

¹ Los cursos de las universidades norteamericanas y europeas ofrecen buenas referencias en relación con esta cuestión. Ejemplos de textos aconsejables son SCHERER y ROSS (1990), TIROLE ([1988] 1990), PINDYCK y RUBINFELD ([1995] 2001), MOTTA (2004) o CARLTON y PERLOFF (2005).

La relevancia del análisis económico para interpretar los aspectos relevantes de la aplicación del Derecho de la competencia, se pone de manifiesto empleando un gráfico sencillo (Figura 1) que ha sido objeto de reconsideración y crítica pero que, en lo esencial, sirve como punto de partida para poner de relieve el carácter dañino del abuso de posición de dominio así como de los acuerdos cartelizados entre empresas potencialmente competitivas, en general, y el riesgo de los monopolios, en particular².

Figura 1. Monopolio y competencia



La curva de demanda (D) puede interpretarse como una relación entre cantidades (q) y precios (p)³ de un bien o servicio correspondiente a cada nivel de consumo y mide el valor que tiene para el consumidor una unidad marginal de q en cada nivel de consumo. Bajo determinadas condiciones técnicas, la función de demanda es decreciente, traduciendo el hecho de que lo que el comprador está dispuesto a pagar por cada unidad de q (su valoración marginal) es menor a medida que aumenta la cantidad poseída del bien o servicio. En otros términos, cada punto de la curva refleja la cantidad marginal⁴ que los consumidores estarían dispuestos a pagar por cada unidad del bien o servicio. En consecuencia, el área que queda por debajo de la curva de demanda refleja la cantidad total ($p \cdot q$) que los consumidores están dispuestos a pagar por una determinada cantidad del bien o servicio.

Con el fin de simplificar el análisis y poner de manifiesto las virtudes del mercado y de la competencia, pueden suponerse dos casos extremos:

² Este apartado se basa en los textos utilizados en otros trabajos. Véase, p. ej., PETITBÔ (2013, 2014).

³ Los precios, en los mercados con competencia perfecta, incluyen los beneficios normales correspondientes a una situación competitiva, con independencia de los beneficios extraordinarios, por lo general asociados a la innovación o al ejercicio de la posición de dominio —individual o colectiva— en el mercado. Las conductas perseguidas por las ADC tienen como referencia principal los beneficios extraordinarios relevantes obtenidos por los operadores económicos que incumplen la regulación de defensa de la competencia en perjuicio de sus clientes y de los consumidores durante un periodo de tiempo suficientemente extenso.

⁴ Adquisición de las unidades del bien o servicio, una a una.

en primer lugar, un mercado suministrado por un conjunto de empresas⁵ que compiten entre sí; y, en segundo lugar, un mercado dominado por una empresa monopolística (o por un grupo de empresas que actúan de común acuerdo para maximizar sus beneficios conjuntos). Supóngase, también, que los costes medios (CMe), en ambos casos, son constantes y, en consecuencia, iguales a los costes marginales (CMA). La demanda del mercado se representa por la línea AE, que equivale al ingreso medio (IME). De acuerdo con el análisis económico, cuando las empresas compiten, el precio de los bienes y servicios se iguala al CMA. En este caso, los p y las q de equilibrio se reflejan en p_c y q_c , respectivamente. En el supuesto de un mercado monopolizado, la empresa monopolística (o grupo de empresas que actúan como un monopolio) puede elegir la combinación de p y q que maximice sus beneficios. Para ello fija la cantidad en aquel punto C donde el CMA se iguala con el ingreso marginal (IMa). Esto supone que si la cantidad ofrecida se fija en q_m , el precio del monopolio será p_m ⁶. En este punto el CMA es inferior al precio y el CMe es inferior al IME.

Como puede verse fácilmente, la ausencia de competencia, en principio, supone mayores precios ($p_m > p_c$) y cantidades producidas y ofrecidas menores ($q_m < q_c$). En estas circunstancias, el demandante puede decidir no comprar el bien o servicio o pagar un sobreprecio por el mismo, en cuyo caso tendrá lugar una transferencia directa de recursos de los demandantes —clientes— hacia el monopolista individual o colectivo y, en consecuencia, una pérdida neta —irrecuperable— de bienestar⁷ para el conjunto de la sociedad. Por otra parte, la «vida tranquila» (HICKS, 1935) que supone la posición de dominio contribuye a reducir los incentivos a competir y, en muchos casos, a innovar. En consecuencia, en estas circunstancias no se alcanzan los resultados anunciados por KNIGHT (1923) al referirse a los mercados y a las sociedades competitivas en los cuales la organización económica tiende a asignar cada recurso productivo de manera que añada el mayor valor posible al dividendo nacional valorado en términos monetarios y a gratificar a cada participante en el proceso productivo con la fracción del dividendo social conseguido gracias a su cooperación.

Por todo ello no resulta extraño que, ante el riesgo de que las empresas puedan beneficiarse abusivamente de su inequívoca posición de dominio en sus mercados respectivos, se sugiera el análisis de los abusos de dicho poder, de las ineficiencias asignativas, productivas y dinámicas y del coste social correspondiente así como de políticas «proactivas»⁸ con el objetivo de promover y defender la competencia.

⁵ Por regla general, un número elevado de empresas.

⁶ Como se refleja en la figura, el precio incluye beneficios extraordinarios, por encima de los beneficios normales percibidos por los empresarios en los mercados competitivos. El mayor precio perjudica a los demandantes en beneficio del monopolista.

⁷ Reflejada por el triángulo BCD sombreado. En otros términos, la competencia perfecta permite alcanzar la eficiencia productiva y asignativa.

⁸ Véase la Ley catalana por la que se crea la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia.

La actividad de las ADC y —por extensión— de los organismos reguladores debe tener como objetivo la maximización del excedente del consumidor y la mejora continua de la eficiencia empresarial y del bienestar. Cualquier otra alternativa se aleja de su función fundamental.

Por su parte, el empleo del análisis económico debe permitir conocer con la debida precisión la forma de las conductas y sus efectos. La estimación precisa de estos es una tarea compleja pero no por ello debe ser abandonada. El análisis sistemático de los efectos mejorará las técnicas utilizadas y contribuirá a perfeccionar el análisis empírico.

Conviene recordar la relevancia del conocimiento de los efectos de las conductas, tan olvidados por las ADC. Sobre esta cuestión, REY *et al.* (2006), por ejemplo, sostienen que las ADC deberían contemplarlos como una referencia fundamental. JENNY (2007), por su parte, es contundente al respecto: «El análisis económico no ofrece ninguna relación de conductas procompetitivas o anticompetitivas. La misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto procompetitivo (o ser pro-eficiencia) o, en otras circunstancias del mercado, tener un efecto o no efecto anticompetitivo potencial». Resuelta esta cuestión, el paso siguiente debe ser la cuantificación de los efectos con la mayor aproximación posible con dos objetivos: en primer lugar, que se pueda determinar el impacto real del ilícito anticompetitivo pues no todas las conductas tienen los mismos efectos y, en segundo lugar, para que las sanciones sean realmente preventivas y disuasorias.

3. LA REGULACIÓN SOBRE LAS SANCIONES

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC1989), sorprendentemente, no clasificaba las sanciones de acuerdo con la gravedad de las infracciones. El art. 62 de la LDC2007 corrigió dicha limitación y estableció que las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves aunque con líneas de demarcación difusas —«márgenes de apreciación», se dice— que abren la puerta a la discrecionalidad de las ADC y, en consecuencia, a los recursos ante los órganos jurisdiccionales⁹. Por su parte, el art. 63 establece la competencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) para imponer sanciones a quienes infrinjan lo dispuesto en la LDC2007.

Sobre la base de la mencionada clasificación, la LDC2007 establece el rango de las sanciones que oscilan desde cero —«hasta el 1 por 100»— en el caso de las infracciones leves, «hasta el 10 por 100» del «volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa» en el caso de las infracciones muy graves. También se contempla la posibilidad de sancionar con «una multa de hasta

⁹ También aumentan la actividad de los profesionales del Derecho expertos en temas de defensa de la competencia.

60.000 euros» a cada uno de los representantes legales o personas que integran los órganos directivos de las empresas que hayan intervenido «en el acuerdo o decisión», excluyendo, sorprendentemente, a aquellas personas que hayan tomado la decisión de medidas calificadas como abuso de posición de dominio.

En su art. 64, la LDC2007 establece algunos criterios¹⁰ para la determinación de las sanciones entre los que, a efectos del presente trabajo, destaca el apartado f): «Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción».

La Disposición adicional tercera de la LDC2007 permite a la CNC publicar Comunicaciones aclarando los principios que orientan su actuación en la aplicación de dicha Ley y, en particular, en relación con sus arts. 1, 2 y 3. Por su parte, el Reglamento de Defensa de la Competencia vigente (RDC)¹¹ establece, en su art. 79, que la CNC puede, bajo determinadas condiciones, dictar Comunicaciones que, en cualquier caso, deberán ser publicadas en la página web de la Comisión y en el *Boletín Oficial del Estado*. Sobre la base de sus potestades, la CNC dictó, en el año 2009, una Comunicación (COM2009) sobre la cuantificación de las sanciones derivadas del incumplimiento de los mencionados arts. 1, 2 y 3 de la LDC2007 y 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea¹². Se pretendía que los criterios incluidos en la COM2009 fueran de carácter general pero se abría la puerta a la consideración de otros criterios no explicitados en la Comunicación «y conformes, en todo caso con lo establecido en la Ley». Con singular prudencia, la COM2009 establecía que la misma sería objeto de revisión en el plazo de dos años a partir de la primera aplicación en una resolución sancionadora.

El objetivo de la COM2009 era «mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su *efecto disuasorio* (cursiva AP) y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos».

De acuerdo con la COM2009, la cuantificación de la sanción por infracción de los mencionados artículos se realizaría en tres fases: a) determinación del importe básico de la sanción¹³; b) aplicación de un coeficiente de ajuste a dicho importe básico en función de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes¹⁴; y c) ajuste, cuando proceda, de la cifra

¹⁰ En el apartado I se dice: «El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios».

¹¹ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 50, de 28 de febrero).

¹² 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 arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

¹³ Dicho importe básico se situará entre el 10 y el 30 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción (Apartados III.14 y III.15) de la Comunicación y aumentará de acuerdo con la duración de la infracción siendo el peso relativo de cada año adicional decreciente con la duración, de acuerdo con unos valores incluidos en la Comunicación. La fórmula para obtener el importe básico de la sanción figura en el Anexo a la Comunicación.

¹⁴ La aplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes, referidas al art. 64 LDC2007 supondrá un aumento o disminución del importe básico en un porcentaje incluido entre el 5 y el 15 por 100.

obtenida en la fase *b*) a los límites establecidos en la LDC2007 y al *beneficio ilícito* obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción. Lo relevante a los efectos del presente trabajo es que, de acuerdo con el art. 19 COM2009, «Cuando sea posible calcular el *beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del infractor, la multa no podrá ser inferior al mismo*» (cursivas añadidas). Todo parece impregnado de sentido común.

La COM2009, asimismo, en su Apartado VII, contemplaba la posibilidad de aplicar sanciones a los representantes legales o personas que integrasen los órganos directivos que hubieran intervenido en los acuerdos o decisiones objeto de sanción los cuales deberían hacer efectiva la sanción. El límite máximo de la sanción, se establecía en 60.000 euros y la referencia para su determinación era un porcentaje comprendido entre el 1 y el 5 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción, en función de las circunstancias. La consideración de la posibilidad de sancionar a los actores de las infracciones es manifiestamente razonable, aunque, a mi juicio, demasiado prudente. Deberían reforzarse este tipo de sanciones para asegurar que fueran efectivamente disuasorias.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La STS del día 29 de enero del año 2015¹⁵ dio al traste con la COM2009. Terminó con la aplicación del sentido común a la determinación de la cuantía de las sanciones y con la adaptación a nuestro procedimiento de la metodología de la autoridad comunitaria. Y lo hizo sobre la base del contenido de la LDC2007. Haber dado una solución jurídica al problema desde el TS bastante tiempo antes no era difícil y hubiera ahorrado problemas y costes. Pero, sorprendentemente, no se hizo.

La citada STS traía causa del recurso de casación interpuesto tras la sentencia de la AN, del día 24 de junio de 2013, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «BCN Aduanas y Transportes, S. A.» y anuló otra parte del mismo referido a la determinación del importe de la sanción fijado en la resolución de la CNMC, dictada en el procedimiento S/0269/10 (Transitarios 2), de fecha 3 de diciembre de 2011.

La Sala de instancia centró su razonamiento en la individualización de las sanciones e interpretó la expresión «multa de hasta un 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora», correspondiente a las «infracciones muy graves», de acuerdo con el art. 63.1 LDC2007 en un doble sentido. En primer lugar, consideró que el límite del 10 por 100 no es un mero «umbral de nivelación» que opere *a posteriori* sobre el importe de la sanción determinado sobre la base de criterios que permitan fijar un

¹⁵ MARCOS (2016) sostiene que «el principal reto de la aplicación pública de las normas de defensa de la competencia en España reside en la revisión judicial de las decisiones de las autoridades administrativas y en la colaboración judicial con las autoridades de defensa de la competencia». Entre las sentencias consideradas se incluye la STS citada.

«importe de base» mayor. Y, en segundo lugar, estimó que el volumen de negocios sobre el que debe aplicarse el porcentaje es el que corresponde al «ámbito de actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción». En otras palabras, a aquella parte del mercado afectada, directa o indirectamente, por la infracción; no a la cifra de ventas total. Por supuesto, hay razones para defender esta interpretación. Pero también hay razones para defender otras interpretaciones. Las referencias deberían ser los efectos reales de las infracciones y la voluntad disuasoria de las sanciones. Una combinación que debe interpretarse a la luz de la inteligencia jurídica y de los objetivos realmente perseguidos.

Sostiene la mencionada STS que no resulta aceptable la argumentación del abogado del Estado, apoyada en la COM2009, sobre la cuantificación de las sanciones. Asimismo, afirma el Alto Tribunal que los criterios del abogado del Estado pueden aceptarse en aplicación del art. 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea «pero no se aviene con la norma legal española», de acuerdo con lo dispuesto en el art. 63 LDC2007. Se trata de una argumentación sin fisuras jurídicas, aunque tardía.

El núcleo de la argumentación del TS reside en el hecho de que aun cuando las ADC nacionales y comunitarias apliquen las mismas normas sustantivas «lo hacen con procedimientos y sanciones que —hasta este momento— no son objeto de una regulación armonizada». Y, de forma contundente, afirma que «los reglamentos no podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla»; algo, también, de sentido común.

Adicionalmente, no cabe objeción alguna a la referencia al «volumen de negocios»¹⁶ como referencia para la determinación del importe de la sanción. Es un buen indicador de la capacidad y situación económica de la empresa infractora. El legislador pudo haber elegido otro criterio, pero se inclinó por este. Prefirió la actual referencia para referirse al conjunto de la actividad del operador económico, no a una fracción de la misma¹⁷. Es difícil oponerse a este criterio si se persigue un efecto disuasorio efectivo de las sanciones. También podría referirse la sanción al daño causado en el mercado relevante afectado como primera referencia y tomar como referencia última la cifra de negocios total de la empresa infractora. Pero la ley tomó una referencia y esta es la que prevalece hasta que la norma se perfeccione.

El art. 64.1 LDC2007 es interpretado por la STS haciendo referencia a que el importe de la multa debe tomar en consideración criterios tales como: la dimensión y características del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa infractora en dicho mercado, los *beneficios ilícitos* obtenidos o el hecho de que la sanción debe fijarse en un *nivel suficientemente disuasorio*.

¹⁶ Sustituible por «volumen de negocio total».

¹⁷ Como recuerda el voto particular correspondiente a la SAN, en el proceso de redacción de la LDL2007 se rechazaron las propuestas que «específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan solo las realizadas en el mercado afectado por la infracción».

rio (cursivas AP). Cuestiones obvias en los procedimientos sancionadores en el campo de la defensa de la competencia.

Tras unas consideraciones de carácter metodológico¹⁸, se sostiene contundentemente que «corresponde a la ley —y no a quien la ejecute o interprete— establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico».

En consecuencia, fiel a su razonamiento, el Alto Tribunal declara la nulidad de la multa impuesta y ordena a la CNMC a un nuevo cálculo de la sanción sobre la base de lo dispuesto en los arts. 63 y 64 de la LDC2007.

Dado que la STS choca, aunque sea tangencialmente, con la posición mantenida por la CNC sobre la base de la COM2009, no debe resultar extraño que quien fuera su presidente en el momento de redactar la Comunicación, la comente en el marco de los principios exigidos por la cortesía institucional. En efecto, el expresidente de la CNC, Luis Berenguer, en un artículo compartido, se ha pronunciado en relación con la STS en lo referido al cálculo de las multas¹⁹. Tras constatar la «enorme incertidumbre e inseguridad jurídica entre los operadores económicos, los profesionales del Derecho²⁰ y las propias ADC (estatales y autonómicas)», analizar las sanciones en materia de la competencia en el ordenamiento jurídico español y examinar la doctrina de la AN y del TS en materia de cálculo de multas, los autores del trabajo concluyen que a partir de la mencionada sentencia del TS se «incrementa el grado de seguridad jurídica para los potenciales infractores respecto de la *insostenible* situación precedente» y se acepta que la doctrina del TS «restituye la potestad sancionadora de las ADC al momento anterior a marzo de 2013». En aquel momento, la AN circunscribió el «volumen de negocios» exclusivamente al mercado afectado por la infracción, si bien los autores consideran que la propia doctrina del TS no resuelve definitivamente la incertidumbre implícita en el método del cálculo de las multas. Como complemento, a la luz de la experiencia, los autores del trabajo sugieren modificaciones en la regulación, entre las que destaca «el deber de motivar suficientemente» la determinación de las sanciones «para que las entidades infractoras no tengan la impresión, como sucede ahora, de que la cuantía de las multas se fija “a capón” (*sic*)». No cabe duda de que la motivación es algo que no debería recordarse porque es una pieza imprescindible en cualquier procedimiento.

5. EL FRECUENTE OLVIDO DE LOS BENEFICIOS ILÍCITOS (EXTRAORDINARIOS) EN LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS SANCIONES

En el contexto del presente trabajo interesa averiguar si, realmente, se cumple el principio de que las sanciones deben ser efectivamente disuasori-

¹⁸ Beneficio esperado < Coste de la sanción; aplicación de un factor de probabilidad, por ejemplo.

¹⁹ Véase BERENGUER y BACHES (2015). Véase también PEDRAZ (2016).

²⁰ Y de la Economía, por supuesto.

rias²¹. Para ello, a continuación, se examinarán tres ejemplos que revelan que la CNMC no ha tomado en consideración todas las previsiones de la LDC2007. Ha faltado convencimiento y determinación. En la LDC2007 se unieron Servicio y Tribunal para simplificar procedimientos y para que la Sala de competencia resolviera sobre la base de una instrucción rigurosa e ilustrada que cubriera todo aquello previsto en la LDC2009. Algo que no siempre sucede. La instrucción, con demasiada frecuencia, es incompleta. Y no hay reacciones al respecto.

El primer ejemplo se refiere a la Resolución recaída en el Expte. 5/DC/0504/14 A10, de fecha 26 de mayo de 2016²². Se dice en la Resolución que la conducta examinada exhibe «una infracción única y continuada, constitutiva de un cártel, consistente en acuerdos de fijación de precios así como de las condiciones de distribución y dispensación de absorbentes para incontinencia de orina (AIO) financiadas por el Sistema Nacional de Salud (SNS) destinados a pacientes no hospitalizados. Constituye por tanto una infracción *muy grave*» (cursiva añadida).

Pero la Resolución va más allá. Afirma que el cártel estuvo activo durante casi dos décadas, la cuota de mercado conjunta de los infractores en el mercado relevante era del 95 por 100, siendo el mercado geográfico relevante todo el mercado nacional. Además, admite la Resolución una gravedad adicional: al tratarse de bienes sanitarios de primera necesidad costeados por el presupuesto público, ha contribuido a aumentar el gasto público en estos productos en detrimento de otros bienes de primera necesidad. Es decir, un cártel que afecta a todo el mercado nacional, una cuota de mercado conjunta del 95 por 100 y una duración de casi veinte años. Se trata de una conducta, ciertamente, muy grave. ¿Qué puede ser más grave que un cártel de estas características? Sin embargo, la frialdad analítica de la instrucción rebaja la capacidad disuasoria de la autoridad responsable de la defensa de la competencia.

Adicionalmente, reconoce la Resolución, aunque no cuantifica los efectos totales, que «efectivamente se produjo la fijación del precio de venta de laboratorio muy por encima del precio obtenido en una licitación competitiva» de manera que «ha quedado acreditado que los precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico son mucho más elevados que los adquiridos en el canal institucional. En efecto, el sobreprecio se aproxima al 100 por 100, es decir, casi el doble que el precio pagado por el SNS en el canal institucional».

Sin embargo, a pesar de lo dicho y sin que se estimen los beneficios extraordinarios del cártel durante su periodo de vigencia, sostuvo el Consejo que «el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general en el tramo medio-alto de la escala, en concreto en un

²¹ La literatura relacionada con el carácter disuasorio de las sanciones se inclina por concluir que solo en una reducida proporción de casos las sanciones son efectivamente disuasorias. Véase, p. ej., CONNOR (2007), COMBE y MONNIER (2011) o SMUDA (2014), citados por PASCUAL (2015).

²² Un ejemplo de la perversidad del sistema de clemencia.

tipo sancionador global del 5,3 por 100, sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa». Tal razonamiento no deja de ser sorprendente y supone el olvido de la función encomendada a la CNMC en los casos de abuso de posición de dominio por acuerdos cartelizados entre empresas potencialmente competitivas.

La Resolución dice que no ha sido necesario realizar ningún ajuste de proporcionalidad «ya que todas las empresas se encuentran significativamente por debajo de la que podrá considerarse el límite de proporcionalidad. Para realizar cualquier valoración de proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (beneficio ilícito potencial)». Y concluye con una afirmación que, en el marco de la voluntad del legislador, no se sostiene, ni se puede sostener: «Las sanciones impuestas están muy por debajo del límite de proporcionalidad, lo que implica que las sanciones no corren el riesgo de ser desproporcionadas», cuando realmente lo son. Además, dadas las características de la infracción no hay duda alguna de que son incentivadoras de las conductas prohibidas por la LDC2007, cuando lo que debe hacer la CNMC es, precisamente, lo contrario: actuar con toda la contundencia que permite la LDC2007 para desincentivar la comisión de infracciones en materia de defensa de la competencia.

El segundo ejemplo se refiere a la Resolución recaída en el Expte. S/0425/12 Industrias Láctea 2, de fecha 26 de febrero de 2015, declarando acreditada una infracción del art. 1 LDC2007 y de la LDC 1989 así como del art. 1 del TFUE. Los infractores sancionados fueron dos Asociaciones y nueve empresas. La sanción ascendió a, prácticamente, 88 millones de euros.

La mencionada sanción puede parecer elevada pero, una vez leída la Resolución y conocida la estimación de la CNMC del beneficio extraordinario (ilícito) obtenido por las empresas participantes en el cártel, «por su felonía», puede sostenerse que, lejos de ser disuasoria, una vez más, es incentivadora de nuevos desmanes anticompetitivos.

En efecto, de acuerdo con la propia Resolución, las empresas infractoras llevaron a cabo diversas conductas restrictivas durante los años 2000-2013. Tales conductas consistieron en el intercambio de información sensible con el fin de adoptar una estrategia común dirigida a controlar el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca, provocando efectos negativos en el mercado en perjuicio, sobre todo, de la industria ganadera. Y, con toda seguridad, de los consumidores.

De acuerdo con la Resolución de la CNMC, se trata de una conducta calificada —una vez más— como muy grave, que ha incidido sobre un consumo básico en un contexto geográfico regional. De acuerdo con el texto común en este punto de las resoluciones, los factores considerados por el Consejo conducen a «considerar que el reproche sancionador debe situarse

con carácter general en el tramo medio de la escala, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponde hacer en la fase de individualización de las sanciones atendiendo a la conducta de cada empresa». En este caso, no se trata del tramo medio-alto sino del «tramo medio» sin que se justifiquen los matices ni, posiblemente, existan argumentos robustos para la sutileza del eventual matiz.

En la Resolución se considera el beneficio ilícito como criterio de responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el art. 64.1 LDC2007. Se recuerda que se trata de evitar «que la comisión de las infracciones tipificadas no resulten más beneficiosas para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas» (art. 131.2 Ley 30/1992). Sin embargo, en este caso, dicho principio no se cumple.

Realmente, la Resolución debe ser destacada porque en la misma se avanza considerablemente en relación con la consideración de los criterios que conducen a la determinación de las sanciones. A ello ha contribuido la reciente y esclarecedora STS citada. El guión de la argumentación ha sido el art. 64 LDC2007. Sin embargo, dejando al margen cuestiones de menor importancia, sorprende que la Resolución no haya atendido razonadamente —con la intención que el caso exige— a «las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la concurrencia» y se haya apoyado, sobre todo, en el «principio de proporcionalidad». En efecto, de acuerdo con los datos que figuran en la Resolución —no obtenidos directamente sino estimados sin demasiada contundencia argumental— el «beneficio ilícito» obtenido por las nueve empresas cartelistas ha sido de más de 815 millones de euros mientras que la sanción impuesta no ha llegado a los 88 millones de euros. Sorprende, en consecuencia, la decisión de la CNMC por la gran diferencia entre ambas cantidades pues se ha prescindido de tomar en consideración el carácter fundamental del efecto disuasorio que debe presidir la Resolución pese a que en la misma se mencionaron trabajos que arrojan luz sobre esta cuestión. Acaso se ha dado mayor importancia al hecho de que «el tipo sancionador que se aplica sobre el volumen total de ventas en 2014 para determinar la multa deberá ser reducido cuando conduzca a una clara desproporción entre la multa resultante y la estimación del beneficio ilícito obtenido por la empresa en comparación con la equivalente relación entre uno y otro factor para el resto de empresas. Pero tal argumentación ni se justifica ni se entiende. Otros elementos no explicitados deben haber sido determinantes en el momento de la decisión final.

Otrosí: la CNMC no ha considerado el agravante de la reiteración prevista en la legislación olvidando que, en el año 1997, el TDC ya se pronunció sobre un caso similar.

El tercer ejemplo, y último que se toma en consideración, se refiere a la Resolución recaída en el expediente S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, de 30 de junio de 2016. En la parte dispositiva, la Resolución declara la existencia de una infracción única y continuada de

lo dispuesto en el art. 1 LDC2007 y en el art. 101 TFUE, «consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF, que se ha llevado a cabo al menos desde el 1 de julio de 1999 y hasta al menos el 7 de octubre de 2014». En el apartado séptimo de la Resolución (determinación de la sanción) se afirma que se trata de una conducta continuada, durante quince años, afectando al mercado nacional, calificada como «muy grave» y se recuerda la necesidad de la disuasión y la proporcionalidad, remitiendo el texto, una vez más, a la citada STS. De nuevo se trata de una infracción «muy grave» con quince años de vida que tuvo lugar en un mercado capturado por iniciativa de la propia administración.

Realmente, el presente caso es peculiar dado el mercado afectado por la conducta sancionada y las características del comprador. Algo particularmente grave pues la captura del comprador ha sido manifiesta sin que queden claras las contrapartidas, si las hubo.

Lógicamente, como consecuencia del acuerdo entre las empresas licitadoras, ADIF —los contribuyentes, por supuesto— pagó «un precio muy superior» por los desvíos ferroviarios en relación con el que hubiera pagado en una licitación pública en un contexto de competencia efectiva. El Consejo considera que «el reproche sancionador [...] debe situarse con carácter general en el tramo medio-alto de la escala, en concreto en un tipo sancionador global del 6,5 por 100, sin perjuicio de los ajustes que corresponde hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa». De nuevo, una infracción «muy grave», de larga vida, merece un reproche sancionador situado en el tramo «medio-alto». Cabe preguntarse qué debe hacerse por parte de los infractores de las normas de defensa de la competencia para que la CNMC considere que una conducta debe ser sancionada con la sanción máxima. Y la pregunta se basa, por supuesto, en la falta de argumentación de los criterios utilizados.

Sorprende que, en este contexto, el Consejo se refiera a la estimación del beneficio ilícito exclusivamente para la valoración de la proporcionalidad, no para la imposición de una sanción que debe tener un carácter inequívocamente disuasorio. Remitiéndonos a la STS, esta recuerda que «para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito». De acuerdo con las estimaciones realizadas, cuyo cálculo no se explicita, «las sanciones impuestas están muy por debajo del límite de proporcionalidad, ya que el beneficio ilícito potencial estimado más probable es más de doce veces la multa que se propone [...] lo que implica que las sanciones no corren el riesgo de ser desproporcionadas». Pero olvida la Resolución algo realmente relevante: no son desincentivadoras. Por el contrario, una vez más resultan benevolentes e incentivadoras. Adicionalmente, puede decirse que las causas consideradas como atenuantes difícilmente pueden entenderse como tales.

6. LA ESTIMACIÓN DE LOS BENEFICIOS ILÍCITOS (EXTRAORDINARIOS)

La Figura 1 tiene su origen en un artículo de HARBERGER (1954) que abrió un debate sobre la relevancia de los beneficios asociados al ejercicio abusivo de la posición de dominio y a sus consecuencias²³: la asignación ineficiente de recursos y la pérdida neta de bienestar asociadas al monopolio (el conocido como triángulo de Harberger²⁴). Sus conclusiones, referidas al sector manufacturero, fueron contundentes: el monopolio no parece afectar seriamente al bienestar agregado a través de las ineficiencias en la asignación de recursos. Sus estimaciones sobre los efectos de los monopolios sobre el bienestar, referidas a la economía de Estados Unidos en el periodo 1924-1928, apuntaban a una pérdida neta de bienestar del 0,1 por 100 del PIB²⁵. A su juicio, otras cuestiones impactaban sobre la ineficiencia con mayor intensidad: las tarifas, los impuestos sobre el consumo, los subsidios, los sindicatos o la política agrícola, por ejemplo. El estudio de HARBERGER no pasó desapercibido y mereció, rápidamente, una respuesta crítica de carácter metodológico por parte de STIGLER (1956) quien también se refirió a los estudios de KAPLAN (1954) y WESTON (1953). El debate estaba abierto con el método de cálculo de los beneficios extraordinarios del monopolio como telón de fondo. En todo caso, STIGLER sostuvo que las pérdidas serían mayores si el trabajo de las ADC fuera menos intenso, lo que equivale a subrayar el papel relevante de las autoridades.

En el debate intervino POSNER (1975) quien introdujo mejoras en la metodología utilizada por HARBERGER pero llegó a las mismas conclusiones generales acerca de los costes sociales de los monopolios y la regulación, aunque con resultados cuantitativos distintos²⁶. Asimismo, POSNER sostuvo que los costes del monopolio son superiores en los sectores regulados en comparación con los sectores no regulados. Por su parte, COMANOR y LEIBENSTEIN (1969, citado) consideraron que la introducción de competencia en un mercado monopolizado tendría dos efectos: la eliminación de las rentas de monopolio y la reducción de los CMe. Tales efectos deben ser considerados en la estimación de la pérdida de bienestar debido a la conducta de los monopolios. Adicionalmente, en el análisis de estas cuestiones también debe tomarse en consideración la Ineficiencia-X (LEIBENSTEIN, 1966) generada por el mal uso de los recursos por parte de las empresas monopolistas.

Cierto las referencias al debate mencionando el trabajo de COWLING y MUELLER (1978) quienes, tras discutir las distintas aportaciones efectua-

²³ Hay precedentes acerca de este tipo de preocupaciones. Véase, p. e., HADLEY (1897). Debo esta referencia a COMANOR y LEIBENSTEIN (1969).

²⁴ HARBERGER nunca habló del «Triángulo de Harberger». De acuerdo con HINES Jr. (1998), la primera referencia al respecto se encuentra en ROSEMBERG (1969). Véase HARBERGER y BAILY (eds.) (1969).

²⁵ HARBERGER consideró que el sobreprecio del monopolio era del 6 por 100 y supuso que la elasticidad de la demanda era constante e igual a 1.

²⁶ POSNER, *op. cit.*, apuntó un asunto de interés: el análisis coste-beneficio de las leyes antimopolio.

das a partir del trabajo de HARBERGER, plantean una nueva reflexión sobre la base de cuatro críticas metodológicas y estimaciones que, a su juicio, superan las limitaciones de dicho trabajo. En su opinión, las estimaciones efectuadas deben ser objeto de reconsideración al alza. Utilizando la metodología de HARBERGER, COWLING y MUELLER estiman que la pérdida de bienestar agregada en el caso de la Gran Bretaña se estimaba entre el 0,2 y el 3 por 100 del producto bruto corporativo en relación con el periodo 1968-1969 pero, de acuerdo con sus cálculos, en realidad dichas cifras oscilan entre el 3,9 y el 7,2 por 100. En definitiva, sus estimaciones sugieren «pérdidas significativas de bienestar debido al ejercicio del poder de monopolio». Y no menos relevante: desde la perspectiva de la lucha contra los abusos de poder de dominio, dichos autores sostienen que la política de defensa de la competencia no se basa en un ataque frontal contra el poder de mercado sino en ataques selectivos contra los violadores más flagrantes de dichas normas.

En un documento de la Comisión Europea (2011) basado en datos de la OCDE²⁷, se sostiene que, tomando una selección de cárteles como referencia, se ha estimado que «el incremento medio de los precios era de entre el 15 y el 20 por 100, pudiendo llegar a más del 50 por 100». Si un cártel dura varios años, las empresas participantes se beneficiarán de esos precios más elevados todos los años que dure el mismo». De este hecho concluye la Comisión que «la sanción debe tenerlo en cuenta para cumplir su objetivo de prevención en el conjunto del sector».

No cabe duda de que los estudios dirigidos a estimar los beneficios extraordinarios de las empresas monopolistas y la pérdida neta de bienestar aportan conocimiento pero no están exentas de críticas. La cuantificación precisa de dichos beneficios supone un trabajo arduo que se lleva a cabo sobre la base de información cuantitativa imperfecta²⁸. Pero su mérito radica en el hecho de haber puesto de manifiesto una cuestión de envergadura: el abuso de posición de dominio —a partir de posiciones monopolistas o de acuerdos entre empresas potencialmente competitivas— tiene efectos negativos sobre los demandantes y el conjunto de la economía. Refuerza esta cuestión el hecho de que, en contra de lo que algunos economistas sostienen, los cárteles no tienen una vida efímera, causando daño durante largos periodos de tiempo²⁹. En cualquier caso,

²⁷ Véase el documento posterior de la OECD (2012a). En dicho documento se afirma que para la mayor parte de ententes el sobrecoste se sitúa entre el 10 y el 20 por 100 y que las ententes con sobrecostes del 40 por 100 representan menos del 10 por 100.

²⁸ Sobre las dificultades metodológicas y de orden empírico para determinar los beneficios extraordinarios véase OECD (2012a), *op. cit.*

²⁹ Las Resoluciones de la CNMC muestran muchos casos de la larga vida de los cárteles. El recurso a los «chivatos», más que al trabajo de investigación de la CNMC, ha permitido poner de manifiesto muchos de estos casos. Por su parte, la OECD (2012b) sostuvo que muchos de los cárteles examinados operaron «durante muchos años, incluso décadas, especialmente en aquellos países que no perseguían activamente los cárteles». En dicho documento se sostiene que el daño causado por los cárteles es considerable y, pese a las dificultades de su estimación, se aventura una cantidad anual de «miles de millones de dólares». En este documento se estima que, en promedio, los beneficios derivados de la fijación de precios es del 10 por 100 del precio de venta.

siguiendo el razonamiento de HINES Jr. (1998, citado), el trabajo pionero de HARBERGER puede someterse a crítica pero el hecho relevante es que sin llevar a cabo el ejercicio de estimar los efectos del abuso de posición de dominio los grandes problemas no pueden salir a la luz y aquellos relacionados con los fallos del mercado carecerían de apoyo empírico y su conocimiento no progresaría.

En relación con estas cuestiones cobra interés el asunto de la fijación de las sanciones dado el beneficio extraordinario percibido por quienes abusan de su poder de monopolio individual o colectivo. Desde la perspectiva del análisis económico es posible definir criterios acerca del importe de las sanciones mínimas. PADILLA y ZOIDO (2008), por ejemplo, sostienen que «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». Y de su análisis concluyen que «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». Cuestión relevante que debería merecer toda la atención por parte de las ADC.

En efecto, los análisis efectuados sugieren que la intervención de las ADC puede conllevar incrementos de precios³⁰ y la información contenida en los expedientes puede servir para iniciar movimientos estratégicos que perjudiquen a las empresas rivales. PADILLA y ZOIDO (2008, citado), por ejemplo, tras considerar pertinente la aplicación de sanciones como instrumento disuasorio, sostienen que si las sanciones son demasiado elevadas «pueden tener efecto adversos sobre el bienestar social y de los consumidores, tanto a corto como a largo plazo, incrementando los precios y desincentivando la inversión». En consecuencia, resulta consecuente que aboguen por avanzar tanto desde el punto de vista teórico como del análisis empírico de la experiencia pasada.

Sobre estas cuestiones PASCUAL (2015 citado), tomando como referencia la mencionada STS, recuerda los principios teóricos y prácticos para la determinación de las sanciones por parte de las ADC. A su juicio, tales principios son: *a)* en estos momentos, las sanciones son el principal instrumento disuasorio para evitar las conductas anticompetitivas; *b)* debe actuarse sobre los incentivos de los infractores potenciales de forma que infringir no resulte rentable; *c)* el principio de proporcionalidad impone ciertas limitaciones a la imposición de multas óptimas³¹; *d)* el beneficio ilícito encuentra su aproximación más practicable en un múltiplo de las ventas relacionadas

³⁰ Véase OECD (2012a), *op. cit.*

³¹ Es obvio que tales «limitaciones» benefician a los infractores. Resulta de interés ver sus efectos sobre el interés general. En todo caso, de ser así, este hecho sugiere la necesidad de revisar el procedimiento sancionador.

con la infracción; e) la norma de las ADC consiste en partir de un múltiplo del volumen de ventas afectado, imponiendo un límite superior que evite los efectos indeseados de la sanción³². Las conclusiones del trabajo de PASCUAL, en línea con lo dicho por BERENGUER y BACHES (2015, *op. cit.*), conducen a una propuesta razonable que debería ser atendida: «consagrar en el texto de la ley parte de la metodología que venía aplicándose antes de la sentencia³³, haciendo los ajustes necesarios, devolviendo, de esta forma, la práctica de la autoridad española a la corriente imperante en el resto de jurisdicciones internacionales más relevantes y mejorando la transparencia y predictibilidad del sistema».

No es frecuente que las ADC españoles estimen, ni siquiera aproximadamente, el daño causado o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia del abuso de posición de dominio. Pero hay excepciones a dicha regla como se puso de manifiesto en el contexto de los debates desarrollados en la OECD (2012b).

Recientemente, SILOS (2016) presentó un ejercicio llevado a cabo sobre la base de los datos correspondientes al mercado del taxi. El ejercicio permitía conocer, con suficiente aproximación, válida en el contexto de los análisis en el campo del derecho de la competencia, los beneficios extraordinarios derivados de normas ineficientes restrictivas de la competencia. El ensayo realizado es una referencia —sencilla pero contundente, sujeta a matices pero con suficiente calado— que puede aplicarse sin excesivas dificultades en los procedimientos seguidos ante las ADC con el fin de estimar el daño causado por las infracciones al derecho de la competencia relacionados con los abusos de posición de dominio individual o colectivo y, en consecuencia, estimar la sanción disuasoria más adecuada. El poder del órgano instructor facilita que durante el proceso de instrucción sea posible afinar los cálculos pero el punto de partida ya está diseñado. Adicionalmente, el inicio de la práctica de estimar los beneficios extraordinarios de las actuaciones anticompetitivas conducirá a su perfeccionamiento, tal como demuestra la evidencia teórica y empírica. Pero hay que empezar y tener la voluntad de mejorar los mecanismos de estimación de los beneficios extraordinarios y fijación de sanciones.

El ejercicio mencionado traía causa del proceso de recurso tramitado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en aplicación del art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC. Dicho proceso se refería a la Ordenanza Municipal del Servicio del Taxi, aprobada el día 20 de mayo de 2015, publicada el día 9 de junio siguiente en el *Boletín Oficial de la provincia de Málaga* (CNMC 2015).

El trabajo llevado a cabo se apoya en el mencionado «Triángulo de Harberger». El asunto no reviste gran complejidad pues incluye, las ventajas de su simplicidad en relación con la cuantificación del impacto —uno de

³² En este punto vale el comentario de la nota anterior.

³³ Se refiere a la STS.

los efectos— de la norma aprobada y, al mismo tiempo, las limitaciones del propio análisis³⁴. Debe insistirse en que el método empleado debe interpretarse como un punto de partida que debe seguir un camino de perfección basado tanto en la discusión en el seno de los procedimientos como en la búsqueda de métodos mejores que permitan cuantificar los efectos de las conductas en casos de mayor complejidad.

Concretamente, el año de referencia es 2012 y los datos sobre los que se realiza el análisis son:

Valor de la licencia	62.742,90 €
Renta monopolística anual	2.886,20 €
Número de carreras	2.432,30
Renta extra por carrera	1,19 €
Ingreso por carrera	10,98 €-11,71 €
Reducción del precio con eliminación de restricciones	10,8 %-10,1 %
Aumento de la oferta con eliminación de restricciones	155 licencias

Tales datos dan lugar a valores que pueden ser aplicados a la Figura 1³⁵.

p_m	10,98 €
p_c	9,79 €
q_m	3.485.485,9 €
q_c	3.862.492,4 €
$p_m B C p_c$	4.135.886 €
BCD	223.578 €
$p_m B D p_c$	4.359.464 €

³⁴ En el propio Informe se indica: «Las estimaciones de reducción de precio y pérdida anual de bienestar que se han presentado se pueden considerar como un umbral mínimo, puesto que no incluyen pérdidas de bienestar que no han podido ser cuantificadas. En primer lugar, la competencia aumenta la eficiencia productiva y dinámica, lo que se traslada a costes y, en un mercado competitivo, a precios. Esta reducción de coste no ha sido cuantificada en el ejercicio cuantitativo. En segundo lugar, en un entorno competitivo el tiempo de espera de los consumidores sería menor que en el actual entorno de monopolio, donde la disponibilidad de taxis es menor y el tiempo de espera mayor..., el mayor tiempo de espera genera un coste muy considerable para los consumidores de servicios de taxi. No obstante esta pérdida de bienestar por tiempo de espera no ha sido cuantificada en el ejercicio cuantitativo.

Por tanto, la pérdida de bienestar anual de 4.359.464 millones de euros es claramente una “estimación conservadora del daño que la regulación del taxi en Málaga ocasiona en los consumidores”». Véase CNMC (2015), *op. cit.*

³⁵ Se supone que el número medio de carreras no varía.

Con el mismo método, y con sus correspondientes limitaciones, se estimaron umbrales bajos del valor de BCD para los años 2013 y 2014: 4.213.971 y 4.560.611 millones de euros, respectivamente. Además, en el trabajo de SILOS se exhiben resultados correspondientes a otros mercados geográficos que ponen de relieve la relevancia económica del traspaso de rentas de los consumidores a los propietarios de taxis, con el beneplácito de los reguladores que, por regla general, son los ayuntamientos.

En resumen: los trabajos de la CNMC ponen de relieve que solo excepcionalmente se aplica el análisis económico a la determinación cuantitativa de los beneficios del abuso de posición de dominio. El caso descrito revela que los umbrales inferiores pueden ser estimados sin demasiadas complejidades y mejorados con algo más de análisis. Su aplicación permitiría dar cumplimiento a la estimación de los efectos de las conductas prevista en la LDC2007. Que la cuantificación de los efectos no sea la norma en las Resoluciones y que el trabajo se sustituya, siguiendo la costumbre de las autoridades europeas, con una vaga referencia a que se trata de conductas prohibidas *per se*, además de rebajar la contundencia de las decisiones refleja lo que he venido en calificar como «pereza administrativa». Las propias ADC tienen los mecanismos para estimar los efectos y en la instrucción pueden recabarse los datos necesarios. Ciertamente hay dosis de fragilidad en los análisis, perfectamente detectables, pero, paso a paso, la propia experiencia permitiría perfeccionar los procedimientos de estimación de los beneficios ilícitos derivados de regulaciones ineficientes o de abusos de posición de dominio.

7. CONCLUSIONES

Dado que los datos disponibles revelan que las sanciones impuestas no siempre son efectivamente disuasorias, el presente trabajo ha destacado la pertinencia de estimar los efectos de las conductas anticompetitivas, incluyendo los beneficios extraordinarios (ilícitos) obtenidos, como una referencia fundamental en el proceso de fijación de las sanciones por parte de las ADC. Es necesario, en consecuencia, que las resoluciones sean suficientemente motivadas y que los principios del análisis económico sean aplicados con rigor para eliminar el riesgo de que los oportunos recursos prosperen en su trámite ante los órganos jurisdiccionales. Mejoraría el rigor del procedimiento si se modificara la LDC2007 en la línea apuntada por la COM2009.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BERENGUER, L., y BACHES, S. (2015): «El cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y su aplicación por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», en CASES, Ll. (dir.) (2015).
- CARLTON, D. W., y PERLOFF, J. M. (2005): *Modern Industrial Organization*, 4.ª ed., Pearson.

- CASES, Ll. (dir.) (2015): *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, Universitat Autònoma de Barcelona, Marcial Pons.
- CNMC (2015): *Informe económico sobre las restricciones sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Málaga. 22 de diciembre*. Ponente: Mateo Silos Ribas.
- COMANOR, W. S., y LEIBENSTEIN, H. (1969): «Allocative Efficiency, X-Efficiency and the Measurement of Welfare Losses», *Economica*, New Series, vol. 36, agosto, pp. 304-309.
- COMBE, E., y MONNIER, C. (2011): «Fines against hard core cartels in Europe: the myth of overforcement», *Antitrust Bulletin*, vol. 56, núm. 2, verano, pp. 235-275.
- COMISIÓN EUROPEA (2011): «Fines for breaking EU Competition Law», *ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_eu.pdf*, noviembre.
- CONNOR, J. (2007): «Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels», *Contribution to Economic Analysis*, 282, pp. 177-215.
- COWLING, K., y MUELLER, D. C. (1978): «The social cost of monopoly power», *The Economic Journal*, vol. 88, diciembre.
- HADLEY, A. T. (1897): «The good and evil of industrial combination», *The Atlantic Monthly*, marzo, pp. 377-385.
- HARBERGER, A. C. (1954): «Monopoly and Resource Allocation», *The American Economic Review*, vol. 44, *Papers and Proceedings of the Sixty-sixth Annual Meeting of the American Economic Association*, mayo, pp. 77-87.
- HARBERGER, A. C., y BAILY, M. J. (eds.) (1969): *The taxation of income from capital*, Brookings Institution.
- HICKS, J. R. (1935): «Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly», *Econometrica*, enero, pp. 1-20.
- HINES Jr., J. R. (1998): «Three sides of Harberger triangles. Working paper 6852» (<http://77www.nebr.org/papers/w6852>), National Bureau of Economic Research.
- JENNY, F. (2007): «Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence», *Concurrences*, 4.
- KAPLAN, A. D. H. (1954): *Big Enterprise in a Competitive System*, Brookings Institution.
- KNIGHT, F. H. (1923): «The Ethics of Competition», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 37 (4), pp. 579-624, reproducido en KNIGHT ([1923]1935).
- ([1923]1935): *The Ethics of Capital and Other Essays*, George Allen & Unwin Ltd.
- LEIBENSTEIN, H. (1966): «Allocative Efficiency vs. "X-Efficiency"», *American Economic Review*, vol. LVI, pp. 392-415.
- MARCOS, F. (2016): «Incontinencia judicial en defensa de la competencia», *La Ley*, junio.
- MARSHALL, A. ([1890] 2005): *Principios de Economía*, Fundación ICO.
- MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ, A. (2006): *El abuso de posición de dominio*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.
- (2008): *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.
- MOTTA, M. (2004): *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- OECD (2012a): «Quantification of harm to competition by national Courts and Competition Agencies», Directorate for financial and Enterprise Affairs. Competition Committee, DAF/COMP(2011) 25, 27 de noviembre.
- (2012b): «Report on the Nature and impact of hard core cartel sand sanctions against cartels under national competition laws», Directorate for financial, fis-

- cal and enterprise affairs Competition committee, DAFPE/COMP(2002) 7, 9 de abril.
- PADILLA, J., y ZOIDO, E. (2008): «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias», en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ, A. (2008): pp. 36-65.
- PASCUAL, C. (2015): «Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia», *Papeles de Economía Española*, núm. 145, pp. 71-80.
- PEDRAZ, M. (2016): «La posible futura armonización de la imposición de sanciones por infracciones de las normas de defensa de la competencia. Coincidencias y divergencias entre el Derecho europeo y el Derecho español», *Revista Aranzadi Unión Europea*, 5, mayo.
- PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2014) (coord.): *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España*, Fundación Wolters Kluwer.
- PETITBÒ, A. (2013): «La defensa de la competencia. Derecho y economía», en RUIZ OJEDA (dir.) (2013).
- (2014): «Los cárteles y la ruptura de la competencia. La utilidad del análisis económico. Un ejemplo de monosopnio», en PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2014).
- PINDYCK, R. S., y RUBINFELD, D. L. ([1995] 2001): *Microeconomics*, 5.ª ed., Prentice Hall.
- POSNER, R. (1975): «The social Costs of Monopoly and Regulation», *The Journal of Political Economy*, vol. 83, núm. 4, agosto, pp. 807-828.
- REY, P. et al. (2006): «Un enfoque económico del artículo 82», en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ, A. (2006).
- ROSEMBERG, L. G. (1969): «Taxation of income from capital, by industry group», en HARBERGER, A. C., y BAILY, M. J. (eds.) (1969).
- RUIZ OJEDA, A. (dir.) (2013): *Fundamentos de Regulación y Competencia. El Diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Iustel.
- SCHERER, F. M., y ROSS, D. (1990): *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3.ª ed., Houghton Mifflin Co.
- SILOS, M. (2016): «El análisis económico: pieza esencial de la política de competencia», *IX Jornadas de la Competencia*, Bilbao, 21 de octubre.
- SMUDA, F. (2014): «Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law», *Journal of competition Law and Economics*, 10, 1, pp. 63-86.
- STIGLER, G. (1956): «The Statistics of Monopoly and Merger», *Journal of Political Economy*, vol. 64, núm. 1, febrero, pp. 33-40.
- TIOLE, J. ([1988] 1990): *La teoría de la organización industrial*, Ariel Economía.
- WESTON, J. F. (1953): *The Role of Mergers in the Growth of Large Firms*, University of California Press.

