

# EL RIESGO DE INSOLVENCIA COMO FACTOR REDUCTOR DE LAS MULTAS IMPUESTAS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (*INABILITY TO PAY*)

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ\*

Doctora en Derecho  
Jefe de Área de la Asesoría Jurídica CNMC

## 1. INTRODUCCIÓN

En el contexto del Derecho *antitrust*, se designa como «*inability to pay*» o «incapacidad contributiva» la situación de grave dificultad económica que padece una entidad y en consideración a la cual, una vez declarada infractora de la normativa de la competencia, se le permite beneficiarse de una reducción en el importe de la sanción pecuniaria derivada<sup>1</sup>. La reducción de las sanciones previstas por infracciones de la disciplina del mercado para supuestos de «*inability to pay*» es uno de los tres ejemplos paradigmáticos de la toma en consideración por el Derecho *antitrust* de la posición financiera crítica de un operador económico. Los otros dos son las ayudas de saneamiento y reestructuración y la excepción de empresa en crisis como elemento de análisis de una concentración<sup>2</sup>.

El objetivo de la primera parte del trabajo es analizar tanto la razón de ser de la figura de la «incapacidad contributiva» como los elementos y circunstancias que deben darse para apreciar justificadamente tal modificación del importe originario de la sanción. El trabajo examina la experiencia comparada en materia de *inability to pay*, a través de los escasísimos supuestos en los que su alegación a los efectos de que se reduzca el montante de una sanción ha sido admitida por la Comisión Europea. Ese examen permite abordar aspectos tales como la trascendencia que deba conceder-

---

\* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y en ningún caso representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>1</sup> En sentido más amplio, la incapacidad para satisfacer las multas o sanciones pecuniarias puede ser también contemplada, con diversas consecuencias, por otros sectores del Ordenamiento, fundamentalmente Derecho tributario, procesal o incluso penal.

<sup>2</sup> M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, «Confluencia y conflicto entre el Derecho de la competencia y el Derecho concursal», en *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, vol. IX, Dykinson, 2013.

se a la condición de empresa monoproducción o Pyme de la sancionada, el obligado balance entre el debido efecto disuasorio de las multas y el coste social de la desaparición de un agente del mercado, la necesidad de que la Administración responsable de la determinación de la multa maximice la transparencia en la aplicación de los criterios de valoración de las alegaciones de *inability to pay* y la exigencia de no discriminación entre operadores. La segunda parte del estudio analiza la conveniencia o no de introducir expresamente la contemplación de la capacidad financiera de la empresa en el sistema español de determinación del importe de la multa derivada de la infracción de competencia, por comparación con mecanismos alternativos (*flexibilización* de los criterios de fijación de la sanción pecuniaria, negociación de plazos de pago de la multa y otros).

El creciente número de solicitudes de remisión de multas que se están produciendo en el ámbito comunitario en el contexto actual de crisis y la experiencia acumulada en la aplicación de la figura permiten un análisis crítico sobre la misma. Esa realidad comparada exige analizar el posible modo de atender a circunstancias similares a nivel nacional. Asimismo, en un marco de intensificación de lucha contra los cárteles, dado el tiempo transcurrido como media entre el inicio de la infracción y el momento de imposición de la multa, los casos de empresas en situación paraconcursal o concursal en fase de ejecución de la sanción pueden cobrar relativa relevancia en la actividad sancionadora de la autoridad española de competencia<sup>3</sup>.

Como excepción parcial a la regla de que cualquier infracción lleva aparejada la correspondiente sanción, y al principio general del Derecho administrativo sancionador del carácter ejecutivo de las multas, la *inability to pay*, entendida como reducción causalizada del importe originario de una sanción, permite estudiar elementos clave de los objetivos que persigue la regulación *antitrust* y se convierte en paradigma de la necesidad de llegar a compromisos entre los distintos principios internos de la política de competencia y otros objetivos de carácter económico y social<sup>4</sup>.

## 2. EL CONCEPTO DE *INABILITY TO PAY* EN EL MODELO EUROPEO DE DETERMINACIÓN DE MULTAS DERIVADAS DE INFRACCIÓN DE LA COMPETENCIA

La *inability to pay* (ITP) surge, no como previsión normativa de *hard law*, sino en el marco de las indicaciones de la Comisión Europea sobre

<sup>3</sup> C. GRAVE y J. NYBERG, «“A company’s inability to pay” a cartel fine imposed by the European Commission», noviembre de 2011, disponible en [ssrn.com/abstract=1961744](http://ssrn.com/abstract=1961744), p. 1, se refieren a cómo muchos cárteles terminaron en una época de bonanza económica, de modo que las multas se calcularon sobre la base de unos volúmenes de negocios elevados (pre-2010). No obstante, dada la duración de los procedimientos, las multas pueden ser impuestas a empresas en momentos de vulnerabilidad financiera.

<sup>4</sup> Como se señala en algunas notas de prensa relativas a Decisiones de la Comisión en las que se aceptan solicitudes de ITP: «As the objective of anti-cartel enforcement is not to precipitate the fall of companies in financial difficulties, the Commission reduced the fines on [...] companies to a level they could afford» (por ejemplo, IP/10/790, de 23 de junio de 2010).

cómo va a ejercitar sus atribuciones en lo relativo a la fijación del importe de las multas por conductas infractoras de las normas de competencia. El Reglamento 1/2003, al regular las multas a imponer por infracciones del Derecho de la competencia, se refiere exclusivamente a la gravedad y duración de la infracción a fin de determinar el importe de la multa (art. 23.3). Asimismo prevé expresamente un mecanismo de ajuste de la cuantía de la multa que corresponde a circunstancias individuales del sancionado (el 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio anterior, art. 23.2 II), sin establecer previsión alguna adicional que contemple los efectos sobre el sujeto infractor del efectivo pago de la multa.

#### A. EL PÁRRAFO 35 DE LAS DIRECTRICES PARA EL CÁLCULO DE LAS MULTAS

Las Directrices que recogen los principios destinados a guiar a la Comisión en la determinación de las multas para conductas que infrinjan los arts. 101 y 102 TFUE<sup>5</sup>, en la sección de *ajustes* del importe base, introducen la llamada «capacidad contributiva» como un último elemento del cálculo del importe final de la multa, tras otras circunstancias que pueden llevar a un incremento o reducción del importe básico: agravantes, atenuantes, incremento de la sanción vinculado al efecto disuasorio, límite máximo legal del 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior y beneficios vinculados a las normas relativas a clemencia.

Concretamente, el párrafo 35 de las Directrices señala:

##### «F. Capacidad contributiva

En circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular. La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor».

Salvo los casos de las circunstancias agravantes y el incremento específico para garantizar el efecto disuasorio, el resto de figuras destinadas al ajuste del importe de la base tienen en común el hecho de servir para *reducir* tal importe base.

A su vez, tanto las circunstancias atenuantes como las normas sobre clemencia permiten reducir el importe de la sanción por razones que se vinculan directa y exclusivamente a la política de competencia, dicho esto en el sentido de que se atiende o bien a que la entidad infractora coopera

<sup>5</sup> Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003.

sustancialmente con la Autoridad de competencia o bien a que existen ciertos elementos paliativos del comportamiento anticompetitivo del infractor. A través de tal reducción de la multa se pretenden introducir los incentivos necesarios para que tales actuaciones, que se juzgan comparativamente beneficiosas, se sigan produciendo. En los casos del límite máximo legal y de la capacidad contributiva, los objetivos perseguidos por tales instrumentos de ajuste son mixtos, en el sentido de que si bien mediatamente tienen repercusión desde una perspectiva concurrencial, al poder evitar una excesiva sanción relativa que incluso en casos excepcionales pudiera expulsar a la entidad sancionada del mercado, responden asimismo a criterios de justicia material (así, claramente, en lo relativo al límite del 10 por 100, en los supuestos de empresas monoproducto) y a intereses de política social o de empleo (en el caso de la incapacidad contributiva o *inability to pay*).

El antecedente inmediato del párrafo 35 transcrito es el punto 5 (b) de las Directrices para el cálculo de las multas de 1998: «*b*) Según las circunstancias, tras haber realizado los cálculos, conviene tomar en consideración determinados datos objetivos como *el contexto económico específico*, la ventaja económica o financiera que puedan haber obtenido los autores de la infracción, las características específicas de las empresas en cuestión y *su capacidad contributiva real en un contexto social específico* para adaptar, en última instancia, los importes de las multas previstos»<sup>6</sup>.

Claro está, existen elementos coincidentes en ambas previsiones, fundamentalmente la mención a la capacidad contributiva —real, se añadía en 1998— y al contexto económico y social específico. No obstante, la previsión recogida en las Directrices de 2006 es más extensa y detallada, lo cual es lógico dado que, como se reconoce en el mismo texto, éste se formula tras ocho años de aplicación de las anteriores Directrices en los que la Comisión ha adquirido experiencia suficiente para desarrollar y precisar su política en materia de multas<sup>7</sup>. La comparación entre ambos textos, es particularmente útil para detectar con claridad las novedades que se introducen en esta figura en 2006.

En primer lugar, destaca la propia conceptualización autónoma de la capacidad contributiva como circunstancia que puede justificar un ajuste del importe de base de la multa. En las Directrices de 1998 aparecía como mero dato objetivo, entre otros, que según las circunstancias cabía tomar en consideración para adaptar los importes previstos de las multas.

Asimismo, se establece una serie de elementos que contribuyen a definir los contornos de esta circunstancia individualizada y designada *ex novo* como capacidad contributiva.

Un primer elemento configurador es que se precisa un requerimiento de parte: la *inability to pay* debe ser solicitada por el infractor ante la amenaza de la multa, no puede ser apreciada de oficio. La Comisión podrá atender a

<sup>6</sup> *Official Journal*, C 9, 14 de enero de 1998. No obstante, tampoco los antecedentes del Reglamento 1/2003 (Reglamento 17/1962, Primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado) establecían previsión alguna al respecto.

<sup>7</sup> Punto 3 de la Introducción a las Directrices.

esa incapacidad contributiva, además, sólo en un cierto contexto económico y social. Esa atención a la incapacidad contributiva no puede reflejarse en una reducción del importe de la multa salvo que se den adicionalmente unas circunstancias añadidas. Debe haber pruebas objetivas de que la imposición de la multa conllevaría una doble consecuencia cumulativa: poner irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa y privar a sus activos de (todo) su valor.

Resulta destacable que mientras en las Directrices sobre cálculo de multas de 1998 el contexto económico constituía un elemento que por sí mismo podía justificar una reducción de la multa, en las Directrices de 2006 el contexto económico es uno más de los elementos que deben estar presentes para la admisión de una solicitud de ITP.

Si bien son relativamente autoexplicativas, cabe hacer alguna consideración sobre cada una de las condiciones exigidas por el punto 35 de las Directrices para el cálculo de las multas de 2006.

Es perfectamente racional que no se proceda en esta materia de oficio, sino que la empresa afectada deba ser quien, a la vista de su situación financiera y contemplando la posible imposición de una multa, valore hasta qué punto procede formular la solicitud correspondiente a la Comisión Europea. Un primer elemento que el solicitante tendrá que alegar es que se existe un «peligro para la viabilidad económica de la empresa». Ello remite a la necesidad de exponer las dificultades financieras de la empresa, recayendo la carga de la prueba de tal riesgo para la viabilidad en la propia empresa solicitante. Si bien tal carga genera una obligación de proporcionar información extensa a la Comisión, es claro el coste de revisión que ello genera para la Autoridad de competencia<sup>8</sup>. El análisis de la Comisión sobre la concurrencia de este requisito entendemos que puede verse facilitado en aquellos supuestos en los que la empresa esté ya inmersa en algún procedimiento de carácter concursal o paraconcursal<sup>9</sup>. No obstante, deberá ser un proceso concursal que otorgue ciertas garantías respecto de la posible continuación de la actividad de la empresa como tal, por existir expectativas reales de que se va a producir una solución al procedimiento que evite la mera liquidación de la misma, puesto que en caso contrario no se daría el escenario que contempla el párrafo 35, como veremos inmediatamente al tratar del nexo causal entre multa y riesgo de viabilidad.

Se señala que, como el procedimiento es relativamente *proceloso* (en términos de la cantidad y detalle de datos financieros que la Comisión re-

<sup>8</sup> P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 7: «The Commission has [...] devoted substantial resources to dealing with ITP claims».

<sup>9</sup> C. GRAVE y J. NYBERG, «“A company’s inability to pay” a cartel fine imposed by the European Commission», noviembre de 2011, p. 6, disponible en [ssrn.com/abstract=1961744](http://ssrn.com/abstract=1961744), señalan que la Comisión debe valorar si la multa supone un riesgo cierto para la supervivencia de la empresa, sin tener necesariamente en cuenta la normativa concursal (nacional) aplicable a la misma. Los presupuestos objetivos para el concurso conforme a la norma nacional de aplicación pueden ser un elemento necesario, pero no condición suficiente, para que sea admitida la solicitud de ITP.

quiere, mediante cuestionarios estandarizados, para realizar su análisis), es recomendable solicitar la ITP lo antes posible, idealmente tras recibir el pliego de concreción de hechos. La carga de la prueba del solicitante, no obstante, suscita la cuestión sobre la falta de conocimiento preciso sobre el importe de la posible multa en esa fase del procedimiento<sup>10</sup>.

Una de las cuestiones más complejas que plantea ese análisis sobre la afectación a la viabilidad de la empresa a sancionar tiene que ver con el papel que deba jugar el análisis de las posibilidades de acceso de la infractora a la financiación por parte de su matriz o empresas del grupo, cuando éstas no son directamente responsables de la sanción<sup>11</sup>. Las Decisiones de la Comisión al respecto parecen haber experimentado una cierta evolución, pero en todo caso es claro que la Comisión no restringe su análisis a la empresa incoada, sino que procura un análisis global del acceso de la compañía en cuestión a la financiación externa.

El análisis financiero desarrollado por la Comisión Europea se expone resumidamente en cada decisión, lo que permite a la empresa afectada revisar la motivación individualizada aplicada a su solicitud de ITP. Como regla se hacen públicas exclusivamente las identidades de las compañías cuyas solicitudes de ITP han sido aceptadas o rechazadas, dado el carácter confidencial de los datos financieros para terceros. No obstante, el debate se plantea ya no respecto de los datos económicos concretos de la empresa en cuestión, sino del acceso por el resto de incoados y por terceros posibles interesados a los criterios y metodología de cálculo de la Comisión<sup>12</sup>.

El riesgo para la viabilidad económica de la empresa debe estar causalizado a la imposición de la multa. Este requisito de que exista un *nexo causal entre el riesgo de viabilidad económica de la empresa y el pago de la multa* debe interpretarse en el sentido de descartar como candidatas a un remisión de deuda en virtud del párrafo 35 a aquellas empresas en las que las dificultades financieras son de tal magnitud que la expulsión de las mismas del mercado se va a producir en todo caso, incluso aunque no hubiera multa alguna. No obstante, las dificultades económicas deben ser evidentemente previas y suficientemente graves como para que la exigencia de la multa pueda poner en riesgo cierto su viabilidad<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 563.

<sup>11</sup> Mediante decisión de 4 de abril de 2011, la Comisión Europea redujo la multa impuesta a dos filiales de dos grupos de compañías implicadas en el cartel de *pres-stressing Steel*, debido a que existía un «*liability gap*» importante entre la responsabilidad de las matrices y de las filiales, de forma que las filiales resultaban ser individualmente responsables de una porción mucho más elevada de la multa, lo que por aplicación de las reglas de determinación de las multas conllevaba un importe que fue considerado excesivo. Puede verse la mención a este asunto que realiza el vicepresidente Almunia en «Recent developments and future priorities in EU competition policy», *International Competition Law Forum*. Sobre esta cuestión y la polémica sobre si debe valorarse la mera capacidad de la matriz de proveer financiación o bien su disponibilidad a hacerlo, véase J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 564.

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión, véase, *infra* 2.C.

<sup>13</sup> Tal como señala la Comisión Europea en algunos de sus anuncios de reducciones de multa con base en el art. 35 de las Directrices, «*for this to happen, the company would need to be in a very*

En el caso de los cárteles es evidente que la estructura de mercados derivada de su existencia no debería servir de referencia a la hora de valorar el elemento causal de la ITP, puesto que puede tratarse de empresas que sólo sobrevivan aplicando precios cartelizados y que deban abandonar el mercado ya no por efecto directo de la multa, sino por efecto del fin de la vigencia del cártel<sup>14</sup>.

En relación al requisito de *privación de todo el valor de los activos* (que como veremos se interpreta como privación de valor *significativo*), evidentemente, dado que el objetivo es que la empresa infractora no sea expulsada del mercado y que no se produzcan efectos indeseados en forma de despidos masivos, si existen posibilidades de que en un periodo razonable continúe como negocio en funcionamiento en manos de otros propietarios, no se daría el requisito para la ITP<sup>15</sup>. Lo que no parece que la Comisión Europea tenga en cuenta como elemento relevante es la posible condición de competidor del eventual comprador de la empresa solicitante de la ITP. Es decir, que no resulta significativo a estos efectos el que el susceptible de comprar y continuar con la empresa en funcionamiento sea además un competidor, caso, por otro lado, que puede ser muy frecuente. Entendemos que si bien en este supuesto uno de los objetivos que sustenta la admisión de la solicitud ITP, esto es, el que un operador (adicional) salga del mercado, *sí se daría, no así los efectos en materia de empleo* y privación del valor significativo de los activos. La lógica es parcialmente similar a la aplicada en materia de concentraciones con la figura de la *falling firm defense*<sup>16</sup>.

Uno de los mayores objetivos reconocidos de la ITP es prevenir consecuencias sociales negativas derivadas de la desaparición de una empresa. El *contexto económico y social específico* que en las Directrices de 1998 aparecía como elemento autónomo<sup>17</sup> sirve ahora para definir el marco en el que necesariamente debe darse el resto de requisitos que permiten la admisión de una solicitud de ITP. El elemento social y económico posibilita introducir en el análisis factores distintos de la regulación y política de competencia<sup>18</sup>. Mediante este elemento se valora el riesgo de despidos

---

*bad shape already and the fine would push it over the cliff*» (Speech 10/335, del comisario Almunia respecto del *Bathroom fittings cartel*).

<sup>14</sup> P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), pp. 3-4.

<sup>15</sup> Tal como señala el Tribunal de Primera Instancia [T-252/01, *Tokai Carbon Co Ltd and others v European Commission* (2004)] en el párrafo 372: «*The fact that a measure taken by a Community authority leads to the insolvency or liquidation of a given undertaking is not prohibited as such by Community law. Although the liquidation of an undertaking in its existing legal form may adversely affect the financial interests of the owners, investors or shareholders, it does not mean that the personal, tangible and intangible elements represented by the undertaking would also lose their value*».

<sup>16</sup> Para una reflexión interesante sobre la necesidad de que se corrija el concepto de «*significant loss of asset value*» para aproximarse a la terminología de la «*failing firm defense*» (*exit of productive asset from the market*), véase la entrada de 27 de enero de 2014, del blog 21st Century Competition: «*Inability to pay and significant loss of asset value*».

<sup>17</sup> Este elemento ha sido considerado, de hecho, como criterio único determinante de la reducción del importe de la multa en el caso *French beef*, decisión de 2 de abril de 2003, en la que se atendió a los efectos sobre el sector cárnico de la enfermedad de las vacas locas.

<sup>18</sup> J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 565.

masivos y desempleo de larga duración, así como la específica situación del sector afectado, a la vista de indicadores tales como sobrecapacidad, caídas de precios o disminución de la demanda<sup>19</sup>. Pese a la clara interconexión entre ambos aspectos, el económico y el social, se ha señalado también la diferente lógica a la que responden cada uno de ellos. Así, la inclusión del contexto social parecería basarse en la concepción de que aquellos sujetos que no han intervenido en las actividades infractoras, pero afectados directos por la evolución en el mercado de la empresa (empleados, compañías proveedoras de la infractora, clientes, acreedores e incluso Administración tributaria) no deben sufrir las consecuencias indeseadas de la multa. El contexto económico, por el contrario, remite a la idea de contribuir a seleccionar como beneficiarias de la ITP a aquellas empresas en una situación financiera deteriorada por razón de una crisis sectorial o general y no por razón simplemente de una ineficiente gestión de sus administradores<sup>20</sup>.

El Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de «contexto social específico», que entiende como «[...] constituido por las consecuencias que el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende o de los que se abastece»<sup>21</sup>.

Se advierte en este requisito una diferencia notable con la regulación relativa a las ayudas públicas ilegales, cuya devolución es obligada incluso aunque ello conlleve la expulsión del mercado de la empresa afectada y la liquidación de sus activos<sup>22</sup>. La razón de ser del diferente tratamiento parece descansar en la presunción *de facto* de que sólo gracias a la ayuda ilegal la empresa en cuestión sobrevivía en el mercado<sup>23</sup>. Cabe entender, también, que se considera más merecedora de protección la dificultad económica procedente de la imposición de una multa que la que deriva de la devolución de una cantidad que nunca debía haberse disfrutado. No obstante, dado que en el ámbito de conductas el infractor también se ha podido beneficiar de unas ventajas artificiales derivadas de los acuerdos anticompetitivos u otras restricciones, y pese a ello puede hacerse acreedor de una reducción de la multa si concurren las circunstancias de la ITP, resultaría conveniente evaluar la coherencia interna del sistema.

En esencia, los requisitos del punto 35 de las Directrices se combinan para establecer una excepción al sistema de cálculo de multas por infracción del Derecho de la competencia para poder atender a los casos en los que la propia multa puede causar la expulsión de la entidad infractora del

<sup>19</sup> P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 7.

<sup>20</sup> Véase J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 566.

<sup>21</sup> Véase el caso C-308/04 P, *SGL Carbón AG v Commission*, 2006 (ECR I-5977), párrafo 106.

<sup>22</sup> En materia de ayudas estatales está comúnmente aceptado que la recuperación de ayudas estatales ilegales pueda suponer la liquidación de la empresa afectada. Véase *Commission/Spain* (C-499/99) (2002), ECR I-6031.

<sup>23</sup> J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, pp. 564-565.

mercado en el que viene operando. Todo el resto de requisitos y condiciones necesarios para que se aplique la excepción están dirigidos a garantizar que efectivamente se produce ese vínculo causal entre la imposición de una sanción pecuniaria y el riesgo cierto de eliminación de un operador en el mercado de que se trate.

## B. LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN EUROPEA

La previsión del párrafo 35 de las Directrices para el cálculo de multas de 2006 se ha visto desarrollada por la *Nota Informativa* hecha pública por el vicepresidente Almunia y el comisario de Programación Financiera y Presupuestos Lewandowski en junio de 2010<sup>24</sup>. La situación económica de crisis generalizada, combinada con un periodo de mantenimiento e incluso incremento de la imposición de multas de elevados importes, explica en gran medida no sólo el contenido de la *Nota explicativa*, sino también el momento temporal en el que ésta es hecha pública. La necesidad de atender a un mayor número de solicitudes de ITP y de hacerlo de forma coherente, justifica el interés de la Comisión Europea de exponer el método de análisis de las solicitudes de ITP de modo mucho más detallado (casi puede decirse que pedagógico).

La propia *Nota* reconoce los riesgos de la figura: i) el que se favorezca precisamente a las compañías que son ineficientes, mal administradas o sobreendeudadas; ii) la potenciación de los comportamientos estratégicos, sobre todo ingeniería financiera o reestructuraciones empresariales para evitar pagos de multa; iii) la disminución de la credibilidad de la Comisión como institución imparcial, y iv) la reducción del efecto disuasorio de las multas de la Comisión. A su vez, al identificar tales riesgos se deducen por contraste los objetivos a perseguir por la autoridad de competencia comunitaria al tramitar estas solicitudes de reducciones de multa.

Más allá de realizar una interpretación *auténtica* sobre cómo interpreta y cómo va a aplicar la Comisión Europea el párrafo 35 de las Directrices, la *Nota* introduce ciertos elementos adicionales. Así, la reducción de la multa se entiende no sólo como rebaja de la misma (que puede llegar a reducirse hasta cero), sino también para abarcar la concesión de esperas para el pago aplazado del importe. Asimismo, se dedica un apartado específico para señalar el tratamiento que se hará para aquellas solicitudes de reducción de la multa que se produzcan tras haberse adoptado la decisión sancionadora por la Comisión<sup>25</sup>. Uno de los supuestos que la propia *Nota* señala como

<sup>24</sup> *Inability to pay under paragraph 35 of the 2006 Fining Guidelines and payment conditions pre- and post-decision finding an infringement and imposing fines.*

<sup>25</sup> Ya se ha hecho referencia *supra* a la dificultad que supone que en el momento de solicitar la ITP todavía no se conozca el importe concreto de la multa que la Comisión pueda terminar imponiendo a la empresa infractora. También cabe resaltar la preferencia de la Comisión Europea por la negociación más reservada de calendarios retrasados de pago u otros compromisos de pago negociados (pagos escalonados) en comparación con una nueva decisión de reducción de multa vía ITP, con la publicidad contradictoria con los objetivos de disuasión de conductas infractoras que ello conlleva.

ejemplo de la eventual necesidad de solicitar la ITP una vez impuesta la multa es el de los casos en los que, durante la tramitación de los recursos jurisdiccionales contra tal decisión, la empresa llega a peor fortuna.

Una revisión somera de los casos en los que se ha aplicado la previsión del párrafo 35 de las Directrices sobre cálculo de multas o bien se ha procedido a conceder reducciones del importe de la multa con base en otros fundamentos de *soft law*, permite una comprensión más depurada de la figura y del empleo que se viene haciendo de la misma.

En el marco de la adopción de las Directrices de 1998, la Comisión realizó rebajas globales en las multas para *todos* los participantes de la infracción en contextos de crisis sectoriales (caso *Seamless Steel Tubes*<sup>26</sup>, con reducciones sobre el importe básico de la sanción, para todos los infractores, del 10 por 100). No obstante, ha rechazado tales rebajas en otros casos de cárteles de crisis posteriores<sup>27</sup>. La Comisión parece también haber realizado una diferenciación entre eventuales situaciones de sectores industriales en crisis y una situación general de crisis que configura un marco económico deteriorado para toda la industria, valorando negativamente las reducciones de multas que se soliciten por contemplación del segundo escenario<sup>28</sup>. El contexto económico específico fue el único elemento justificativo para conceder una reducción del 60 por 100 del importe de la multa en el caso del *French beef*<sup>29</sup>, a la vista de la afectación al conjunto del sector ganadero de la enfermedad de las vacas locas.

Resulta interesante consultar la doctrina previa a 2006, etapa en la que se criticaba que la Comisión Europea, pese a su previsión expresa en las Directrices de cálculo de multas de 1998, sólo había admitido argumentos relativos a la posición económica adversa de la empresa para reducir el importe de la multa en un solo caso «sorprendente e inexplicable»<sup>30</sup>. Efectivamente, si bien no hay ejemplos de reducción de multas *por incapacidad contributiva real* en el marco del punto 5.b) de las Directrices de 1998, sí se otorgó una reducción del 33 por 100 del importe de la multa para atender a la precaria situación financiera de la empresa en cuestión, a la que además habían sido impuestas otras multas en un corto espacio de tiempo por su participación en diversos cárteles<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Decisión de 8 de diciembre de 1999. La nota de prensa (IP/99/957) señala: «La Comisión ha reconocido como circunstancia atenuante la prolongada crisis que sufrió el sector y el hecho de que desde 1991 la situación en el mismo se haya deteriorado, lo que, junto a la afluencia creciente de importaciones, trajo consigo reducciones de capacidad y cierres de fábricas».

<sup>27</sup> Véase *Graphite Electrodes*, Decisión de 18 de julio de 2001.

<sup>28</sup> Decisión de la Comisión de 6 de diciembre de 2006, *Industrial tubes*.

<sup>29</sup> Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003.

<sup>30</sup> Véase el caso *Carbon and Graphite products*, Decisión de 3 de diciembre de 2003, severamente criticado por D. GERADIN y D. HENRY, «The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgements», *Global Competition Law Centre Working Paper 03/05*. En la segunda de las multas se concedió una reducción del 33 por 100 también, en este caso por considerarse que la imposición del importe total de la multa no era necesario para garantizar el efecto disuasorio de la misma (*Specialty Graphite*, Decisión de 17 de diciembre de 2002).

<sup>31</sup> Así, en dos de los tres llamados casos *Graphite*, la Comisión no aceptó la solicitud de ITP de SGL Carbon, pero sí concedió una rebaja del 33 por 100 de la multa, para atender a la preca-

Una vez adoptadas las Directrices de 2006, no es hasta 2009, en la decisión de la Comisión en el asunto *Heat Stabilisers* cuando por primera vez se admite como tal una solicitud de ITP, habiéndose presentado y rechazado otras solicitudes en diversos casos anteriores<sup>32</sup>. El argumento más común de rechazo de las solicitudes ha venido siendo la insuficiente acreditación de las dificultades financieras causadas por la multa. En el caso *Heat Stabilisers* la reducción de la multa se aproximó mucho a la condonación de la misma, puesto que alcanzó un 95 por 100 de la sanción<sup>33</sup>.

Tras esa primera estimación de solicitud de ITP, han seguido otros supuestos, hasta la fecha relativamente escasos<sup>34</sup>, de admisión de la incapacidad contributiva y correspondiente reducción de la sanción: *Bathroom Fittings*<sup>35</sup>, *Presstressing Steel*<sup>36</sup>, *Animal Feed Phosphate*<sup>37</sup>, *Refrigeration Compressors*<sup>38</sup> y *Window Mountings*<sup>39</sup> y *TV and computer monitor tubes*<sup>40</sup>, variando el número de empresas beneficiarias y los porcentajes de reducción, entre el 25 y el 85 por 100 del importe de la multa. Algunos autores han señalado un cambio en la tendencia estricta de la Comisión vinculado a las presiones de la crisis financiera<sup>41</sup>, particularmente cuando ésta ha afectado de forma intensa a un determinado sector<sup>42</sup>.

Resulta revelador el hecho de que las reducciones del importe de la multa en virtud de la incapacidad contributiva de los solicitantes se hayan concedido siempre a empresas monoproducto o compañías con una cartera

---

ria situación financiera de la empresa, en combinación con el hecho de que recientemente se había impuesto una multa a la misma compañía. Decisiones de la Comisión de 17 de diciembre de 2002 (COMP/37667, *Specialty Graphite*, párrs. 556 y ss.) y 3 de diciembre de 2003 (COMP/38.359, *Electrical and mechanical carbon and graphite products*, párrs. 358 y ss.).

<sup>32</sup> Los autores vinculan estos rechazos a la falta de aportación suficiente de datos financieros en los que la Comisión pudiera fundar su análisis, por parte de los solicitantes.

<sup>33</sup> Decisión de 11 de noviembre de 2009, COMP/38.589. No obstante, la nota de prensa de la Comisión no hace referencia a esta reducción.

<sup>34</sup> El vicepresidente Almunia señalaba en abril de 2011 cómo, de las siete decisiones relativas a cárteles adoptadas por la Comisión en 2010, se derivaron 32 solicitudes de reducción con base a la ITP, de las cuales sólo nueve fueron finalmente concedidas. «Recent developments and future priorities in EU competition policy», *International Competition Law Forum*.

<sup>35</sup> Decisión de 23 de junio de 2010 (caso Comp/39.092).

<sup>36</sup> Decisión de 30 de junio de 2010 (caso Comp/38.342).

<sup>37</sup> Decisión de 20 de octubre de 2010 (caso Comp/38.866).

<sup>38</sup> Decisión de 7 de diciembre de 2011 (caso Comp/39600).

<sup>39</sup> Decisión de 28 de marzo de 2012 (caso Comp/39092).

<sup>40</sup> Decisión de 5 de diciembre de 2012. Este último supuesto se menciona como ejemplo de la mayor reducción de multa por importe total hasta la fecha con base en el párrafo 35, 219 millones de euros; véase E. B. DE LA SERRE y E. LAGATHU, «The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, núm. 4, 2013, p. 335.

<sup>41</sup> J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, pp. 560-567. Sobre los vínculos entre la figura de la *inability to pay* y la industria en crisis, véase también, A. BARCELLS CARTAGENA, «European Competition Policy during the crisis: the approach of the European Commission», *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Madrid, Dykinson, vol. XI, 2013, pp. 391-443.

<sup>42</sup> L. WILDPANNER y C. TEYSSIE, «The bathroom fittings and fixtures cartel», *Competition Policy Newsletter*, núm. 3, 2010, p. 32, reconocen que en la concesión de las tres solicitudes de ITP del cartel de accesorios sanitarios, el impacto de la crisis económica global y financiera en el sector de los accesorios sanitarios fue tenida en cuenta.

de productos relativamente reducida, de tamaño pequeño o medio y respecto de las cuales la multa alcanzaba el límite del 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior. Asimismo, las posibilidades ciertas de un incremento del desempleo de larga duración y sus consecuencias sociales han tenido gran protagonismo en los casos más recientes de ITP<sup>43</sup>.

Más allá de las declaraciones institucionales insistiendo en la relevancia del papel disuasorio de las multas elevadas y en la trascendencia, mayor incluso en épocas de crisis, de una aplicación rigurosa del Derecho de la competencia y de la persecución de las conductas infractoras, es difícil delimitar el grado en que inciden las circunstancias económicas globales circundantes en estas decisiones de reducción del importe de la multa. Dado el necesario balance entre tal efecto disuasorio de multas y el coste social de la expulsión del mercado de un operador, algunas voces recomiendan no sólo la estimación restringida de la ITP, sino que parecen justificar su mayor uso en épocas de crisis económica generalizada, al considerar que en esos períodos es más probable que se produzca la valoración prioritaria de evitar el consiguiente coste social<sup>44</sup>.

En este debate cobra relevancia la distinción que cabe realizar, en relación al importe previsto de las multas, entre efecto disuasorio *general* y efecto disuasorio *específico* o bien efecto disuasorio *ex ante* de la amenaza de la imposición de una multa y *ex post* en relación al concreto sujeto infractor una vez se ha detectado una conducta. Así, pese a que la aplicación de reducciones con motivo de la ITP significará como regla imponer multas de importe inferior al necesario para disuadir el comportamiento infractor<sup>45</sup>, la firmeza en mantener el importe debido de la multa sin reducción puede perder parte de su sentido, especialmente respecto de la futura actuación de la empresa afectada, en los casos de incapacidad contributiva<sup>46</sup>.

El elemento disuasorio también está en la base de la clara preferencia de la Comisión Europea por potenciar la negociación discreta de calendarios retrasados de pago u otros compromisos de pago negociados (pagos escalonados) en lugar de una nueva decisión, necesariamente pública, de reducción de multa *vía* ITP. Si bien la Comisión Europea en algunos supuestos ha reducido sustancialmente la multa *a posteriori* de haber adoptado la decisión<sup>47</sup>, es clara y entendible su tendencia a la concesión de fraccionamientos del pago de la sanción.

---

<sup>43</sup> L. WILDPANNER y C. TEYSSIÉ, «The Bathroom fittings and fixtures cartel», *Competition Policy Newsletter*, núm. 3, 2010, pp. 30-32.

<sup>44</sup> P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 4.

<sup>45</sup> P. J. WILS, «Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice», *World Competition*, vol. 29, núm. 2, junio de 2006.

<sup>46</sup> Véase Specialty Graphites: «Imposing the full amount of the fine does not appear necessary in order to ensure effective deterrence».

<sup>47</sup> Véanse Decisiones de 31 de marzo de 2011 y de 4 de abril de 2011. El fundamento para tales reducciones queda poco detallado en la información disponible sobre los casos.

El riesgo que conlleva la concesión de solicitudes de ITP y la consiguiente publicidad de las mismas es que se genere o se exacerbe el comportamiento oportunístico de las empresas en el marco de la instrucción de un procedimiento sancionador, en cuanto que puedan crear artificialmente condiciones de insuficiencia financiera y crisis presupuestaria. Para atajar esa posibilidad, la Comisión analiza específicamente las medidas que puedan debilitar financieramente a la compañía y que se adopten una vez remitido el pliego de concreción de hechos<sup>48</sup> o en el contexto del inicio de la instrucción del procedimiento sancionador tras haberse realizado inspecciones.

La previsión expresa de la *inability to pay* en las Directrices de 2006 obliga a diferenciarla de otra figura, sólo en parte afín, que puede servir para el mismo objetivo, salvo casos de empresas pequeñas y/o monoproducción. Se trata del límite del 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, previsto en el art. 23 (2) del Reglamento 1/2003 y establecido para proteger a las empresas respecto de multas que «*could destroy them commercially*»<sup>49</sup>.

El obligado recurso al límite del 10 por 100 es relativamente frecuente en los supuestos de cárteles de larga o muy larga duración. De hecho, las disminuciones respecto del valor de la multa derivadas del límite del 10 por 100 son mucho más importantes en términos cuantitativos que las que puedan proceder de la admisión de la ITP<sup>50</sup>. No obstante, como el 10 por 100 se computa sobre el volumen de negocio del grupo como tal, eso puede derivar en que se excede el 10 por 100 del volumen de negocio de la concreta empresa infractora.

Algunos autores consideran que esta previsión no ofrece suficiente protección, especialmente en períodos de crisis económica<sup>51</sup>, mientras que otros señalan que el teórico riesgo de que una empresa abandone el mercado por motivo de una multa derivada de una conducta anticompetitiva no es real, fundamentalmente debido a que el límite del 10 por 100 evita tal resultado<sup>52</sup>. El Tribunal General ha señalado que el límite del 10 por 100 no

<sup>48</sup> P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 6.

<sup>49</sup> Caso T-71/03, *Tokai Carbon etc. v Commission*, 2005. Véase también Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-181/11P, *Cetarsa/Comisión*, apartado 82: «En efecto, dicho límite superior pretende evitar que se impongan multas que seguramente no podrán pagar las empresas, dadas sus dimensiones, dimensiones que se determinan, aunque sea de un modo aproximado e imperfecto, por su volumen de negocios global (Sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, antes citada, apdo. 280)».

<sup>50</sup> P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 5, donde define el límite del 10 por 100 como el mejor y más exitoso instrumento para proteger a las empresas de la quiebra, incluso en tiempos de severa crisis económica.

<sup>51</sup> C. GRAVE y J. NYBERG, «“A company’s inability to pay” a cartel fine imposed by the European Commission», noviembre de 2011, pp. 1-13, disponible en [ssrn.com/abstract=1961744](http://ssrn.com/abstract=1961744), p. 12.

<sup>52</sup> M. MOTTA, «On cartel deterrence and fines in the EU», *European University Institute, Florence and Università di Bologna*, 2007, p. 12, quien defiende que en los supuestos en los que tras la imposición de una multa se produce la insolvencia no existiría relación causal con la imposición de la multa como tal, sino con la falta de capacidad de tal empresa de mantenerse en un entorno no cartelizado, sino competitivo.

siempre es suficiente para evitar que la multa impuesta sea desproporcionada. Así, respecto de empresas que operan en mercados de productos de alto valor pero con un bajo margen comercial, las cuales tienen un volumen de negocio desproporcionadamente alto en relación a sus beneficios y patrimonio<sup>53</sup>.

Junto a la previsión de la incapacidad contributiva y el límite del 10 por 100, las Directrices de 2006 contemplan todavía un elemento que es preciso mencionar porque, si bien su finalidad originaria posiblemente no fuera la de reducir multas a la vista de la situación de dificultades financieras de la infractora, en la práctica de la Comisión ha tenido tal resultado en ocasiones.

Nos estamos refiriendo a la cláusula general de atención a las particularidades del caso del párrafo 37 de las Directrices de cálculo de las multas de 2006: «Aunque las presentes Directrices exponen la metodología general para la fijación de las multas, las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular podrán justificar que la Comisión se aparte de esta metodología o de los límites fijados en el punto 21». Al amparo de esta cláusula se otorgó una reducción de la multa del 70 por 100 en el caso *International Removal Services*<sup>54</sup>, al no concurrir el requisito de contexto económico y social específico, dado que la industria correspondiente, pese a no estar en una buena situación, no se encontraba en crisis<sup>55</sup>. Igualmente con base en este párrafo 37 se otorgaron reducciones de la multa en los casos *Calciun Carbide* (20 por 100 de reducción de la multa)<sup>56</sup> y *Window Mountings*<sup>57</sup>, esencialmente por tratarse de empresas pequeñas con la condición de monoproducción o casi. Esta cláusula general otorga mayor grado de discrecionalidad a la Comisión y parece que en la práctica se utiliza en casos en los que, por ejemplo debido a la condición monoproducción de la empresa afectada, la multa calculada conforme a las Directrices de 2006 se considera excesiva en relación a la dimensión de la infracción<sup>58</sup>. Se trataría de supuestos en los que la multa resultante de la aplicación estricta de las Directrices es percibida por la propia autoridad de competencia como alta en exceso para la empresa en cuestión en relación a la infracción cometida, con independencia de que la empresa sancionada pueda *de facto* abonarla

<sup>53</sup> Caso T-352/09, *Nováche cernické závody v Commission*, párrafos 138-148.

<sup>54</sup> Decisión de 8 de marzo de 2008.

<sup>55</sup> J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 561, se refiere incluso al intento consciente de la Comisión Europea de eludir la aplicación de los estrictos criterios relativos a ITP.

<sup>56</sup> Decisión de 22 de julio de 2009.

<sup>57</sup> Decisión de 28 de marzo de 2012. Aquí se da la peculiaridad de que sí se concede una reducción a una empresa (45 por 100) con base en el punto 35 de las Directrices de 2006 y a otras con fundamento en el párrafo 37 («for most of the parties to this case, mountings for windows constitute a large fraction of their turnover», nota de prensa, IP/12/313, 28 de marzo de 2013).

<sup>58</sup> Sobre la relación entre párrafos 35 y 37 de las Directrices, y el discutible uso de las mismas por la Comisión, véase J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 562. También ha sido criticado el uso del párrafo 37 para reducir el importe de las sanciones, dado que de su redacción cabe deducir que se prevé para incrementos y no reducciones del importe de las sanciones (M. MOHAN, «Inability to Pay Fines: Tough Criteria for Get-Out-of-Jail Card», [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com)).

o no<sup>59</sup>. El Tribunal General ha señalado que en los supuestos en los que la empresa infractora tenga una cartera de productos relativamente restringida y no pertenezca a un grupo de empresas más grande, la garantía del límite del 10 por 100 puede no ser suficiente y es justificable el recurso al párrafo 37 de las Directrices<sup>60</sup>.

Como manifestación adicional de la preocupación de atender particularmente, desde la regulación de la competencia, a los casos de empresas medianas o pequeñas, cabe mencionar asimismo una previsión muy reciente, hasta el punto de que todavía no está adoptada sino en avanzada fase legislativa en el ámbito comunitario, pendiente sólo de su aprobación final por el Consejo; nos referimos a la *Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, adoptada por el Parlamento Europeo el 17 de abril de 2014. El art. 11 de la misma dispone, como excepción a la regla general de responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras por los daños causados por la infracción, el caso de que el infractor sea una PYME con una cuota inferior al 5 por 100 en el mercado afectado y «la aplicación de las disposiciones normales en materia de responsabilidad conjunta y solidaria mermarían irremediabilmente su viabilidad económica y causarían una pérdida de todo el valor de sus activos». Los ecos de la figura de la ITP en esta proyectada previsión resultan evidentes.

### C. REVISIÓN JURISDICCIONAL. CONFIDENCIALIDAD, INCENTIVOS Y GRADO DE TRANSPARENCIA EN LAS DECISIONES SOBRE ITP

La concesión de la ITP a algunas empresas y no a otras conlleva inevitablemente recursos judiciales por aquellas sancionadas en el mismo expediente que no reciben la reducción de la multa, cuestionando los criterios aplicados por la Comisión y alegando que crean desventajas competitivas que exigen una adecuada y transparente justificación.

No existen ejemplos de resoluciones judiciales que anulen la decisión previa de la Comisión de no aceptar una solicitud de ITP. La visión más asentada de los Tribunales europeos en la materia está muy cercana a igualar la concesión de reducciones en la cuantía de la multa basadas en la incapacidad financiera del infractor al indebido otorgamiento de ventajas injustificadas para las empresas peor adaptadas a las condiciones del mercado.

Con anterioridad a las Directrices de 2006, el Tribunal de Primera Instancia ya advirtió que los cartelistas, que a menudo se constituyen como tales precisamente cuando su sector pasa por dificultades económicas, no podían reclamar amparo, con base en sus aprietos financieros y los del mer-

<sup>59</sup> J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 562.

<sup>60</sup> Caso T-352/09, *Nováche cernické závody v Commission*.

cado, a la hora de pretender una reducción de la multa impuesta por la Comisión<sup>61</sup>.

Esa posición jurisdiccional restrictiva sobre la figura se ha mantenido tras la adopción y publicación de las Directrices sobre cálculo de multas de 2006 y su párrafo 35<sup>62</sup>.

No obstante, se siguen interponiendo recursos cuestionando precisamente la decisión de la Comisión Europea de rechazo de la solicitud de ITP, algunos de ellos todavía pendientes de sentencia. En tales recursos se argumenta que la Comisión no ha valorado correctamente los hechos relativos a la falta de capacidad del sancionado (y el grupo al que pertenece) para atender a la multa. Asimismo, se alega frecuentemente la violación del principio de no discriminación, en los supuestos en los que la Comisión ha aceptado la solicitud de ITP sólo respecto de algunas de las empresas implicadas en la conducta sancionada, e incluso se argumenta que la Comisión habría «falseado la competencia de una manera contraria a Derecho en detrimento de la recurrente al aplicar a un competidor [...], el punto 35 de las Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»<sup>63</sup>.

La Comisión se muestra muy reacia a establecer precedentes que puedan estimular un aumento de las solicitudes de ITP. Además del escaso número de decisiones admitiendo tal solicitud, el otro efecto es la que se ha denominado «lamentable falta de transparencia» de la Comisión sobre sus criterios y su enfoque de valoración de estas solicitudes<sup>64</sup>. Hay que tener en cuenta además que, salvo la empresa afectada, no se dispone de una versión pública de la decisión más que con un notable retraso y el conocimiento sobre estos casos se reduce necesariamente a las breves menciones incluidas en los resúmenes de las decisiones de la Comisión que se publican en el *DOUE*, con notable decalaje respecto de la fecha de la decisión, y en las notas de prensa que se hacen públicas coincidiendo con la fecha de adopción de la decisión<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Casos T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-251/01 y T-252/01 *Tokai Carbon Co Ltd and others v European Commission* (2004) («Tokai Carbon») parágrafos 369 y 370: «369 [...] cartels come into being, in particular, at a time when a sector is experiencing difficulties. If that circumstance did not justify the grant of an attenuating circumstance (see paragraph 345 above), it cannot justify a reduction in the fine in the present context either. 370 [...] According to settled case-law, the Commission is not required when determining the amount of the fine to take account of an undertaking's financial losses since recognition of such an obligation would have the effect of conferring an unfair competitive advantage on the undertakings least well adapted to the conditions of the market...».

<sup>62</sup> Véase caso C-328/05 P, SGL. *Carbon v Commission*, 10 de mayo de 2007 (ECR I-3921), párrafo 100: «La Comisión no está obligada a tener en cuenta la situación económica de la empresa en cuestión al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar ventajas competitivas injustificadas a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado», citando otras sentencias.

<sup>63</sup> Recurso de casación interpuesto el 12 de junio de 2014 por Faci SpA contra la Sentencia del Tribunal General (Sala 3.ª) dictada el 20 de marzo de 2014 en el asunto T-46/10, *Faci SpA/Comisión Europea* (asunto C-291/14 P).

<sup>64</sup> J. WALCH, «Inability to pay- how final is a fines decision?», *kluwercompetitionlawblog*, 31 de enero de 2013.

<sup>65</sup> Así, por ejemplo, la Decisión de la Comisión Europea en el asunto *Bathroom Fittings*, de 23 de junio de 2010 fue publicada en versión resumen en el *DOUE* de 29 de noviembre de 2011 (C 348/11 y ss.).

El Tribunal General ha tenido oportunidad de pronunciarse muy recientemente sobre qué concreta documentación vinculada a una solicitud de ITP puede ser considerada como confidencial a los efectos de que la Comisión niegue válidamente el acceso a la misma por parte de terceros interesados. En el caso *Reagens*<sup>66</sup>, resuelto por la sentencia del TG de 24 de marzo de 2014, se trataba de una negativa de acceso a la información conexas a la concesión de una solicitud de *inability to pay*. El solicitante del acceso era una empresa sancionada por la Comisión en el ámbito de un cartel<sup>67</sup> y tal solicitud de acceso se formuló en el marco de un recurso frente a la decisión de la Comisión de conceder reducción de multa sólo a una de las tres empresas que formularon la correspondiente solicitud.

El TG consideró que la Comisión debía dar acceso tanto a la solicitud de ITP de la empresa que finalmente recibió la reducción como al primer cuestionario modelo formulado por la Comisión para tal empresa. Pero el TG coincide con la Comisión en considerar que tanto las respuestas de la compañía como el posterior cuestionario más individualizado y específico para el caso debían mantenerse confidenciales, por contener información sobre la posición financiera de la misma. Asimismo el TG consideró que el interés del solicitante de acceso en disponer de esa información para mejor fundar su recurso en sede judicial no «*constitute an overriding public interest in disclosure prevailing over protection of confidentiality*»<sup>68</sup>.

La Comisión es consciente de los reproches que se le formulan relativos a sospechas de trato discriminatorio o insuficiente argumentación de sus decisiones sobre ITP<sup>69</sup> y ha tratado de reparar la relativa opacidad de estas decisiones mediante la indicación de detalles sobre su modo de proceder en las últimas decisiones y a través de notas de prensa<sup>70</sup>.

### 3. LA CONSIDERACIÓN DE LA INCAPACIDAD CONTRIBUTIVA EN OTROS ORDENAMIENTOS

Si bien existen diferencias de detalle entre el sistema de cálculo de multas de la Comisión Europea y los de las Autoridades de competencia de los Estados miembros, es pacífico el entendimiento de que en lo posible cada jurisdicción nacional debe actuar de forma consistente con los principios aplicables bajo la normativa *antitrust* europea a situaciones comparables.

<sup>66</sup> Caso T-181/10 *Reagens SpA v Commission* (2014).

<sup>67</sup> Decisión de 11 de noviembre de 2009 (*Heat Stabilisers*), COMP/38.589, mencionada *supra*.

<sup>68</sup> Véase Ch. CHARALAMBOUS, «*Reagens: Access to Documents Re the Inability of an Undertaking to Pay the Fine*», *Journal of European Competition Law & Practice* (2014), 5 (7): 466-468, y VAN BAELE y BELLIS, «*European Union: General Court Confirms Inaccessibility Of Inability To Pay Requests*», 17 de abril de 2014, [www.mondaq.com](http://www.mondaq.com).

<sup>69</sup> Como se señala en algunas notas de prensa relativas a Decisiones de la Comisión en las que se aceptan solicitudes de ITP: «*The analysis is Company-specific and aims to be as objective and quantifiable as possible to ensure equal treatment and preserve the deterrence aspect of EU competition rules*».

<sup>70</sup> M. MOHAN, *Inability to Pay Fines: Tough Criteria for Get-Out-of-Jail Card*, diciembre de 2010, [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com).

Diversos ordenamientos nacionales de nuestro entorno prevén expresamente la consideración de la situación financiera del infractor como elemento a considerar en el cálculo de la multa. A continuación se exponen muy brevemente, a título de ejemplo, los casos de Alemania, Reino Unido, Francia y Holanda. Un elemento característico de las diferentes previsiones nacionales sobre la materia es su énfasis en la discrecionalidad de la Autoridad de competencia para aplicar rebajas de la multa prevista vinculadas a las dificultades económicas del infractor, así como la condición claramente excepcional de su aplicación.

El párrafo 24 de las previgentes Directrices de Multas adoptadas por la autoridad alemana de competencia preveía el posible otorgamiento excepcional de una reducción del importe de las multas basado en la incapacidad contributiva, para los casos en los que el infractor probara su incapacidad para abonar la multa incluso en el supuesto de que se le otorgara un plan de pagos escalonados a largo plazo<sup>71</sup>. No obstante, el *Bundeskartellamt* de hecho no llegó a conceder ninguna rebaja de la correspondiente sanción pecuniaria con base en tal previsión<sup>72</sup>, pese a existir voces que han reclamado una aplicación más generosa de los principios que permiten otorgar esas reducciones y han reprochado la salida del mercado de ciertas empresas por causa de la imposición de una multa que supuestamente no podían abonar<sup>73</sup>. Hasta la fecha, la Autoridad de la competencia alemana ha optado por potenciar el aplazamiento ordenado del pago de la multa para casos de alegación de incapacidad contributiva. Las nuevas Directrices, de junio de 2013, reducen incluso la previsión previgente a una mera mención a que «*The Bundeskartellamt also takes the company's financial capacity into account*», al tratar de los «*Offender-related criteria*»<sup>74</sup>.

También la *Autorité de la concurrence* francesa prevé la figura de la «*capacité contributive*» en sus Directrices sobre el método de determi-

---

<sup>71</sup> Notice no. 38/2006 on the imposition of fines under Section 81 (4) sentence 2 of the German Act against Restraints of Competition (GWB) against undertakings and associations of undertakings - Guidelines on the setting of fines, 15 de septiembre de 2006. «*The Bundeskartellamt takes into account the undertakings' financial capacity. If an undertaking proves that it is unable to pay the fine in the short or medium term without jeopardizing its existence the Bundeskartellamt can issue a debtor warrant or allow payment of the fine to be deferred. A reduction of the fine will, however, only be considered in exceptional cases if a company proves that, even on a long-term basis, it would be unable to pay the fine without jeopardizing its existence*».

<sup>72</sup> Es interesante reseñar este comentario procedente de una entrevista realizada por *Global Competition Review* al presidente de la autoridad alemana en marzo de 2013 (disponible en la web del *Bundeskartellamt*): «*We have taken a lot of care to make sure we don't drive companies into insolvency; we never want that. We try to take into account a company's ability to pay and we have increased our staff in that area. We have hired controllers and accountants, and while we have tried to maintain the level of sanctions, we are trying to help companies through deferred payments and 10 per cent fine reductions through settlements; all these fringe tools that you have besides simply lowering the sanction*».

<sup>73</sup> Así, a título de ejemplo, mediante decisión de 27 de julio de 2011 la autoridad alemana impuso multas elevadas en un caso de fraude en licitaciones (big rigging) relativo a vehículos de extinción de incendios, caso núm. B12-12/10. Poco después, *Alfred Ziegler GmbH & Co. KG*, una de las empresas consideradas infractoras y multadas se vio inmersa en un procedimiento concursal, supuestamente como consecuencia de la multa impuesta por la ANC alemana.

<sup>74</sup> *Guidelines for the setting of fines in cartel administrative offence proceedings*, 25 de junio de 2013.

nación del importe de las multas<sup>75</sup>, como posible elemento a alegar por la empresa incoada interesada, e incluso tiene disponible en su web un cuestionario modelo<sup>76</sup> al efecto de su presentación por la empresas afectadas y en el que se especifican orientativamente los elementos relevantes para acreditar la existencia de dificultades financieras específicas así como su impacto en la capacidad del infractor para abonar la multa. En algunos de los casos en los que se han aplicado reducciones en el importe de la multa para tomar en consideración las dificultades financieras concretas de alguno de los infractores, tal reducción se añadía además a una previa rebaja motivada por las dificultades del contexto económico afectante al sector productivo en cuestión<sup>77</sup>. En alguna ocasión la resolución sancionadora de la *Autorité* ha sido anulada parcialmente por la *Cour de Appel* de París, entre otros motivos, por no haber considerado suficientemente los efectos de la crisis imperante sobre las empresas infractoras<sup>78</sup>. La *Cour de cassation* ha precisado, incluso, el deber de la autoridad francesa de tomar en consideración las alegaciones sobre incapacidad contributiva realizadas por la compañía infractora que, no habiendo hecho alegación alguna al efecto durante el procedimiento, la formula en fase de ejecución del pago de la sanción<sup>79</sup>.

En el caso de Reino Unido, las Directrices de la autoridad de competencia sobre cálculo de la multa<sup>80</sup>, prevén de forma muy sucinta, bajo el título de «dificultades financieras» la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, la OFT pueda reducir la multa prevista cuando el infractor sea incapaz de abonarla debido a su situación financiera. Además de la parquedad de la previsión, que no incluye más elementos determinantes de su aplicación que la «financial position» de la empresa en cuestión, destaca el énfasis de la misma en el carácter excepcional de tal reducción y en que no puede servir para generar expectativas de los infractores en el sentido de considerar tal posibilidad de reducción como un derecho a la reducción sobre la base de hallarse en cierta situación de dificultad financiera. La interpretación realizada por OFT sobre esta posibilidad ha sido rigurosa<sup>81</sup>, y

<sup>75</sup> Sección 3, *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*.

<sup>76</sup> *Questionnaire relatif à la capacité contributive des entreprises et organismes*.

<sup>77</sup> *Décision 13-D-03 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier*, de 13 de febrero de 2013.

<sup>78</sup> Sentencia de 19 de enero de 2010, *AMD Sud Ouest, Arcelor Profils et autres c Conseil de la concurrence*.

<sup>79</sup> *Cour de cassation civile, Chambre commerciale*, 22 de octubre de 2013.

<sup>80</sup> *OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty*, septiembre de 2012: «Financial hardship.- 2.27 In exceptional circumstances, the OFT may reduce a penalty where the undertaking is unable to pay the penalty proposed due to its financial position. The OFT emphasises that such financial hardship adjustments will be exceptional and there can be no expectation that a penalty will be adjusted on this basis».

<sup>81</sup> A título de ejemplo, OFT ha considerado que la alegada disminución de volumen de negocio no sólo no permitía apreciar que hubiera caso para reducir la multa sino que suponía una ventaja indirecta para el infractor en el sentido de que la multa era calculada partiendo de una base más reducida de la que hubiera podido ser y por tanto más beneficiosa en términos de inferior cuantía. Véase Decisión OFT núm. CA/98/04/2006 OFT, de 28 de junio de 2006.

la revisión jurisdiccional ha confirmado el carácter discrecional para OFT de la valoración de este aspecto<sup>82</sup>.

El caso holandés es particularmente interesante desde la perspectiva de este estudio, en el sentido de que la expresa referencia a las dificultades financieras del infractor se realiza en las Directrices sobre imposición de multas precisamente para señalar que, si bien se prevé la posibilidad de apartarse de una aplicación estricta del método de cálculo de la multa en supuestos en que se incurriría en un trato manifiestamente injusto, la alegación de incapacidad contributiva no resulta relevante a los efectos de considerar a la empresa infractora merecedora de una modificación del importe debido de la multa<sup>83</sup>.

Finalmente, fuera del ámbito de la Unión Europea, pero suficientemente significativo como para justificar una mención, el Derecho *antitrust* norteamericano prevé también una posible modificación del importe de la multa originaria en casos de dificultades financieras del infractor. Así, las *Federal Sentencing Guidelines* contienen una sección relativa a «*inability to pay*». Los elementos clave para que pueda darse una reducción de la multa basada en la ITP son que la entidad en cuestión no tenga capacidad de abonar el importe previsto de la multa, ni siquiera en el marco de un plan razonable de pagos periódicos, así como que la reducción no será más que la necesaria para evitar poner sustancialmente en riesgo la viabilidad de la entidad<sup>84</sup>. En Estados Unidos un elemento adicional que puede justificar también la reducción de la multa es que la empresa no pudiera atender en caso contrario a la responsabilidad patrimonial vinculada a reclamaciones civiles por daños derivados del ilícito competencial. El uso por la *U.S. Department of Justice's Antitrust Division* de esta previsión ha sido escaso durante una primera etapa<sup>85</sup>, pero se ha incrementado ligeramente en el marco

<sup>82</sup> Véase Competition Appeal Tribunal, *Achilles Paper Group Limited v. Office of Fair Trading* [2006] CAT 24, «The OFT's decision not to reduce the fine in response to this request is, in our view, well within its margin of appreciation and is something that this Tribunal should not disturb». También, *Sepia Logistics Limited (formerly known Double Quick Supplyline Limited) and Precision Concepts Ltd* [2007] CAT 13, párrafos 94 y ss.: «The financial position of an undertaking may be taken into account at Step 3 of the OFT's process (see paragraph 2.11 of the Guidance). It is, in our view, important to note that the wording of the Guidance in this regard is that "considerations at this stage may include, for example, ... [the] financial position of the undertaking in question" (emphasis added). This makes it clear that it is within the OFT's margin of appreciation to take the financial position of an undertaking into account but that there can be no expectation that a penalty will be adjusted on this account».

<sup>83</sup> «Policy Rules of the Minister of Economic Affairs on the imposition of administrative fines by the NMa 2009», disponible en la página web <https://www.acm.nl/en/>: «For the purposes of Section 16(2), which provides that the Board may deviate from these Policy Rules if the strict application thereof would result in manifestly inequitable treatment, the offender's financial position is in principle irrelevant when determining the level of the fine, on the understanding that the imposition of a fine must not have the effect that an offender is likely to go bankrupt».

<sup>84</sup> Véase 2011, *Federal Sentencing Guidelines Manual* § 8C3.3 (2010): «(i) the organization is not able and, even with the use of a reasonable installment schedule, is not likely to become able to pay the minimum fine required y (ii) the reduction under this subsection shall not be more than necessary to avoid substantially jeopardizing the continued viability of the organization».

<sup>85</sup> Véanse casos *Graphite Electrodes Cartel* (1999) y *Hynix* (2005). Sobre el caso *Hynix* y la hasta ese momento prácticamente nula aceptación de solicitudes de ITP, véase J. H. MUTCHNIK y

de la recesión económica<sup>86</sup>. No obstante la autoridad norteamericana públicamente señala que aplica criterios rigurosos en su análisis de los datos financieros de la infractora y de sus posibilidades de acceso a financiación externa, en ocasiones mediante la asistencia de expertos externos a la autoridad empleados para tal función, e indica igualmente que las empresas que realicen frívolamente solicitudes de ITP pueden ser sancionadas por obligar a la autoridad a emplear inútilmente recursos en ese proceso de auditoría de los estados financieros<sup>87</sup>.

Merecen una mención específica aquellos casos en los que la ITP se produce o se alega que se produce precisamente por la concurrencia de sanciones impuestas por dos autoridades de competencia de distinto ámbito territorial respecto de un mismo infractor. Así, en el contexto de un cártel de fabricantes de harinas que motivó resoluciones sancionadoras en paralelo por las autoridades holandesa y alemana, uno de los infractores alegó su incapacidad para abonar la multa como resultado de la multa impuesta por la *NMa* holandesa, y atendiendo a la multa prevista a imponer por el *Bundeskartellamt*. En este caso, ambas autoridades coordinaron su actuación de forma que la *NMa* redujo en febrero de 2013 la multa impuesta en diciembre de 2010 en contemplación de la multa prevista por la autoridad homóloga alemana<sup>88</sup>.

#### 4. LA AUSENCIA DE FIGURA SIMILAR EN EL MODELO ESPAÑOL. LA PRÁCTICA DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA DE COMPETENCIA

En España, desde 1999<sup>89</sup>, las situaciones de dificultad económica, como es el caso de una crisis general o sectorial, no se han considerado normativamente como circunstancia atenuante, posiblemente en atención a que esta circunstancia ya vendría contemplada en el límite de la sanción recogido en el art. 63.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la

C. T. CASAMASSIMA, «*United States v. Hynix Semiconductor, Inc.*: Opening the Door to the Inability-to-Pay Defense?», *The Antitrust Source*, septiembre de 2005.

<sup>86</sup> Las rebajas se han realizado fundamentalmente en el marco de cárteles en la industria del automóvil y transporte aéreo. Véase *International Air Cargo Shipments*, 2010 y *Aftermarket Auto Lights*, 2012.

<sup>87</sup> Véase «Cartel Roundable», *Global Competition Review*, vol. 15 (4), 2012, pp. 19-20.

<sup>88</sup> Puede consultarse una reseña sobre el asunto en [http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01\\_2013/nl\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2013/nl_de.pdf). Asimismo, sobre si el mayor incremento de la ITP pudiera estar parcialmente vinculado a que la Comisión Europea sanciona una vez se han producido correspondientes sanciones previas por parte de otras jurisdicciones más rápidas en resolver los asuntos, de modo que la empresa en cuestión carece ya en esa fase de recursos suficientes para atender a la multa. D. VASCOTT, «EU cartel settlements: are they working?», *GCR news*, 8 de abril de 2013.

<sup>89</sup> El art. 3.2.b) de la Ley 18/1989, de Defensa de la Competencia, preveía originariamente la posibilidad de autorizar acuerdos y medidas limitativas de la competencia que tuvieran por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando se manifestase en el mercado una tendencia sostenida a la disminución de ésta, o cuando el exceso de capacidad productiva fuera claramente antieconómico. Esta previsión desapareció con la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 18/1989. Sobre esta materia, en extenso, véase J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis: crisis económica y defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Competencia (LDC), establecido en el 10 por 100 (en el caso de infracciones muy graves) del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa<sup>90</sup>.

La Autoridad de la competencia española, en sus sucesivas *encarnaciones*, y también respecto de la previsión similar contenida en el art. 10 de la Ley 16/1989, ha aplicado el límite con la idéntica finalidad a la reconocida por la Comisión Europea en los procedimientos comunitarios, esto es, como un límite para salvaguardar la viabilidad financiera de las empresas<sup>91</sup>. La Audiencia Nacional ha confirmado en diversas ocasiones tal finalidad del límite del 10 por 100<sup>92</sup>.

La Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre cuantificación de multas<sup>93</sup>, al contrario que las Directrices para el cálculo de las multas de la Comisión Europea y que los ejemplos de Derecho comparado antes reseñados, no contiene previsión específica alguna para atender a la situación financiera de la entidad infractora a la hora de determinar el importe de la multa.

El párrafo 4 de la Comunicación de multas de 2009 prevé la posibilidad, excepcional, de apartarse de la metodología de la comunicación cuando concurren circunstancias excepcionales. En concreto, la Comunicación prevé: «La metodología general para la cuantificación de las multas contenida en la presente Comunicación será aplicada con carácter general. Excepcio-

---

<sup>90</sup> Esta opción legislativa ha sido explicitada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 22 de enero de 2013, relativa al expte. S/0226/10, Licitaciones de Carreteras: «La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general» (FD 8.º).

<sup>91</sup> V. SOPEÑA y H. OTERO, «La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia: ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz?», en *Anuario ICO 2013*. Recientemente, véase Resolución de 22 de septiembre de 2014 (expte. S/428/12, Palés): «La LDC, pues, fija primero un máximo legal para la sanción (art. 63 LDC), cuyo objeto es limitar la multa máxima en función de la capacidad de pago del infractor para evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa —por eso el art. 63 LDC se refiere a la cifra de negocio total del período más próximo a la resolución sancionadora, independientemente del mercado afectado y de cuándo se produjera la infracción—, para luego establecer criterios de graduación de la sanción junto con circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64 LDC)».

<sup>92</sup> Véase, por todas, la SAN de 5 de marzo de 2013: «El límite previsto en el art. 63.1.c) de la Ley 15/2007 del 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa se ha establecido para evitar que una sanción pudiera poner en peligro la viabilidad de la empresa pero ello no implica que aun cuando no se supere ese límite pueda considerarse teniendo en cuenta las particularidades de cada caso que la multa puede tener un impacto relativamente elevado sobre la situación económica de una empresa atendidas sus características que determinen su reducción (tales como el escaso margen sobre las ventas, elevada concentración de su producción en el mercado afectado por la infracción, no pertenencia a un grupo empresarial y el efecto nocivo que tendría sobre la competencia la desaparición de la empresa) y así ha sido aplicado por la Comisión Europea aun cuando el riesgo de que la empresa fuese declarada en concurso no era elevado y que incluso tal eventualidad no supondría la pérdida total del valor de los activos de esta empresa [...]».

<sup>93</sup> Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los 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 (BOE de 11 de febrero de 2009).

nalmente, la CNC podrá encontrar necesario, para cumplir con el objetivo sancionador, la aplicación circunstancial de otros criterios, que deberán estar suficientemente motivados. Razones como la dificultad de alcanzar los objetivos de la Comunicación contenidos en (3) (mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos) o la imposibilidad material de aplicar la metodología general por ausencia de información, pueden hacer necesario el empleo de otros criterios no explicitados en la presente Comunicación y conformes en todo caso con lo establecido en la Ley».

En España la Autoridad de competencia ha visto como jurisprudencialmente se le reconoce disponer de «un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas [...], máxime si se considera que las sanciones de la LDC no tienen una finalidad exclusivamente represiva, sino también otra disuasoria en defensa de los intereses públicos concretados en un funcionamiento concurrencial del mercado»<sup>94</sup>.

La experiencia práctica de la Autoridad de competencia en esta materia se ha dado en dos dimensiones cercanas a la incapacidad contributiva: en el marco de solicitudes de fraccionamiento o aplazamiento en el pago de las sanciones pecuniarias impuestas y al sancionar a empresas que se encontraban en situación concursal en el momento de la resolución del procedimiento sancionador y del cálculo de la multa.

Como es natural, la LDC no prevé expresamente soluciones singulares para estos escenarios. Respecto del aplazamiento del pago de las sanciones impuestas por infracción del derecho de la competencia, no obstante, en tanto que derechos de naturaleza pública y contenido económico derivados del ejercicio de potestades administrativas, cabe extender a las mismas la posibilidad de solicitar el aplazamiento o fraccionamiento del pago expresamente previsto en la Ley General Tributaria para las deudas tributarias<sup>95</sup>. La autoridad de competencia, a solicitud de las sancionadas, con carácter relativamente habitual, concede o deniega según los casos, mediante Resolución del presidente del organismo, fraccionamientos del pago de la deuda pendiente, cuando se aprecia la existencia de dificultades transitorias económico-financieras y atendiendo a las posibilidades de generar recursos de la entidad sancionada. La concesión del pago fraccionado de la deuda, genera la correspondiente liquidación de intereses de demora y queda condicionada a la formalización de la garantía ofrecida en la solicitud de fraccionamiento<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> SSTs de 10 de febrero de 2011, de 8 de junio de 2010 y de 1 de diciembre de 2010.

<sup>95</sup> El art. 65.1 LGT dispone que «(l)as deudas tributarias que se encuentren en período voluntario o ejecutivo podrán aplazarse o fraccionarse en los términos que se fijen reglamentariamente y previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos». En el art. 82 LGT se establecen las garantías exigibles para aplazar o fraccionar las deudas.

<sup>96</sup> La Resolución de fraccionamiento se notifica a la infractora solicitante del mismo. Pueden consultarse referencias a tales solicitudes, a título de ejemplo, en Resoluciones de vigilancia

Si la empresa infractora ya se encuentra en fase de liquidación, lo que corresponderá será no imponer la multa o, más precisamente, que ésta sea igual a cero. Efectivamente, aquellas empresas que encontrándose en situación de concurso de acreedores acrediten no haber realizado actividad en el año anterior a la sanción, no son objeto de imposición de sanción alguna, dado que la propia aplicación del límite del art. 63.1 de la LDC supondría sanciones de importe igual a cero<sup>97</sup>. Se trata de supuestos en los que tampoco se darían los requisitos impuestos por el párrafo 35 de las Directrices para el cálculo de multas de la Comisión Europea, puesto que no existiría nexo causal entre la imposición de la multa y la situación de concurso del infractor, circunstancia que precede a la multa misma, y el objetivo a evitar a través de una rebaja de la sanción, esto es, la expulsión del mercado de la empresa, tampoco parece que sea posible alcanzarlo ya.

Para los casos respecto de los cuales en otros Ordenamientos está prevista la figura ITP, esto es, aquéllos en los que la entidad infractora no está todavía inmersa en un procedimiento concursal, o al menos no de liquidación, pero que alega que no podría atender al pago de la multa incluso en un escenario favorable de concesión de un plan de aplazamiento de pagos, tampoco existe una previsión expresa en el sistema español de cuantificación de sanciones por ilícitos *antitrust*.

Aunque se trata de una cuestión que apenas ha sido objeto de atención académica en España<sup>98</sup>, algunas voces del sector de la aplicación del derecho de la competencia empiezan a plantear la necesidad de acometer el tratamiento de esta materia<sup>99</sup>.

---

de la CNMC de 10 de julio de 2014 (expte. VS/0155/09, Stanpa) o de 18 de junio de 2014 (expte. VS/0086/08, Peluquería Profesional).

<sup>97</sup> Véase Resolución de 12 de septiembre de 2013 (expte. S/0303/10, Distribuidores Saneamiento): «G. Vilar ha declarado a la CNC que no realizó volumen de ventas en 2012 y que el importe total realizado en 2011 fue de 2.401,86 euros. Todo apunta a que la empresa se encuentra inoperativa, «habiendo cesado en su actividad desde prácticamente el inicio del concurso de acreedores, encontrándose en fase de liquidación» (folio 69.260). No se tiene constancia de que ninguna otra empresa la haya sucedido en su negocio. En atención a todas estas circunstancias y al principio consagrado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de atender a la realidad económica antes que a la jurídica o formal de las empresas implicadas en infracciones de cártel, el Consejo, siguiendo otros precedentes (el caso de Esinca en el expediente S/0342/11, Espuma de Poliuretano), no considera procedente la imposición de sanción a G. Vilar». Véase también ejemplos similares en Resoluciones de la CNC de 25 de marzo de 2013 (expte. S/0316/10, Sobres de Papel) y 28 de enero de 2013 (expte. S/0342/11, Espuma de Poliuretano).

<sup>98</sup> En «Confluencia y conflicto entre el Derecho de la competencia y el Derecho concursal», en *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, vol. IX, Dykinson, 2013, señalábamos que «el que la lista de circunstancias atenuantes para fijar el importe de la sanción que incluye el art. 64.3 LDC no tenga carácter taxativo (“entre otras”) permite dejar abierta la puerta a que se pueda llegar a considerar la condición financiera crítica de la empresa infractora como circunstancia atenuante en la fijación del importe de la sanción». No obstante, también reconocíamos las dificultades conceptuales de utilizar un instrumento diseñado para valorar la gravedad de la infracción para una finalidad distinta, no vinculada al menor reproche que merece la conducta que se enjuicia sino a las consecuencias indeseables de la aplicación de la sanción que se anuda a la misma.

<sup>99</sup> El primer borrador del *Plan Estratégico* de la CNMC fue sometido a consulta pública durante 20 días, finalizando el plazo el día 29 de abril de 2014. La Asociación Española para la Defensa de la Competencia en sus observaciones, disponibles de la web de la CNMC, identificó como aspectos que parece necesario abordar en el corto plazo, «la incapacidad de pago por parte de las empresas

## 5. CONCLUSIONES

Como ha sido señalado, el objetivo del Derecho de la competencia en el ámbito de las conductas prohibidas es forzar el comportamiento de las empresas, pero sin llegar a quebrarlas<sup>100</sup>. La *inability to pay* o incapacidad contributiva se concibe como un mecanismo para introducir, en sede de cálculo del importe de la multa, la consideración de las circunstancias financieras y económicas del infractor y tratar de evitar los supuestos en los que, dada su previa situación patrimonial crítica, el importe de la multa que correspondería a la infracción pueda ser determinante de la expulsión de tal empresa del mercado.

La valoración de los ejemplos comparados de otros sistemas en los que sí existe una previsión expresa de la incapacidad contributiva arroja un balance que puede caracterizarse por la complejidad y costes para la administración actuante de la puesta en práctica de la figura, y que resulta poco proporcionado al número relativo de resoluciones que aprecian que se dan los elementos requeridos para aceptar la solicitud de reducción de multa por motivo de la incapacidad contributiva.

Hay que tener en cuenta que los recursos que la Autoridad de competencia debe dedicar al análisis de las solicitudes de ITP serán necesariamente notables. La experiencia hasta la fecha de la Comisión Europea pone de manifiesto que la inclusión de una excepción de incapacidad contributiva conlleva un complejo y laborioso análisis retrospectivo y prospectivo de la situación financiera de la empresa solicitante<sup>101</sup> y diversas Autoridades del ámbito comparado reconocen también el elevado coste en términos de personal con formación específica dedicado al análisis de este tipo de solicitudes de reducción de multa<sup>102</sup>. Es comprensible que quepa considerar como una opción más proporcionada y eficiente concentrar todos los medios de la Administración supervisora, siempre insuficientes, a la persecución de las conductas infractoras. La propia Comisión Europea, tanto en las Directrices sobre multas de 2006 como en su práctica concibe la ITP como una figura excepcional que merece una interpretación restrictiva y defiende que los casos de reducciones de multas por este motivo deberían limitarse al máximo<sup>103</sup>. Desde esa perspectiva, los argumentos para no llegar siquiera a introducir la figura resultan muy poderosos.

---

sancionadas o la tipología de garantías permitidas para asegurar el pago de las sanciones económicas impuestas» (consulta pública y aportaciones disponibles en [www.cnmc.es](http://www.cnmc.es)).

<sup>100</sup> M. MOHAN, «Inability to Pay Fines: Tough Criteria for Get-Out-of-Jail Card», [www.mayer-brown.com](http://www.mayer-brown.com) «[...] bend, but not break, guilty companies with the fines».

<sup>101</sup> En las notas de prensa en las que se da noticia de Decisiones en las que se ha invocado la ITP por alguno de los infractores, es frecuente que la Comisión incluya una mención que refleja la complejidad del análisis y los de medios que obliga a dedicar por parte de la Autoridad de competencia responsable: «*These applications have been thoroughly assessed on the basis of financial statements for recent years, projections for the current and coming years, ratios measuring the financial strength, profitability, solvency, liquidity, and relations with outside financial partners and with shareholders*».

<sup>102</sup> Véase *supra*, notas 72 y 86 para el caso alemán y norteamericano.

<sup>103</sup> P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 3.

A su vez, cuanto más detallado sea el sistema de cálculo para determinar importe de sanciones y menor el grado de flexibilidad o apreciación para la Autoridad de competencia, mayor puede ser la necesidad de disponer de algún mecanismo tipo ITP.

La utilización de cláusulas de escape excepcionales como la contenida en el párrafo 4 de la Comunicación sobre cuantificación de las sanciones de la Autoridad española de competencia para resolver esos casos de incapacidad contributiva o de graves dificultades financieras, como regla marginales, tiene a su vez evidentes riesgos desde la perspectiva de que se generen legítimos reproches sobre la falta de transparencia y previsibilidad del sistema, la seguridad jurídica de los operadores en torno a la determinación de los criterios a emplear por la Autoridad a la hora de valorar cómo la constatación de las dificultades financieras deba trasladarse efectivamente al importe de la multa, y el posible trato discriminatorio entre unos operadores u otros.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en los ordenamientos, como es el caso del español, donde no existen elementos complementarios de disuasión de conductas anticompetitivas (así, la previsión de multas personales o sanciones penales a los directivos, daños indemnizatorios o coste reputacional elevado derivado de la publicidad de la infracción), es preciso ser particularmente cauto a la hora de valorar introducir cualquier medida que pueda perjudicar el delicado engranaje del sistema de multas, que se sustenta en gran medida en el efecto disuasorio.

En conclusión, para los casos excepcionales en los que se suscite el riesgo cierto de desaparición de un agente económico tras la acción sancionadora de una autoridad de competencia, la solución más proporcionada debería arbitrase a través de la solicitud y concesión de condiciones mejoradas de pago de la multa, mediante aplazamientos o fraccionamientos del pago, en lugar de otorgar reducciones parciales o incluso totales de las multas en casos de infracciones muy graves del derecho de la competencia<sup>104</sup>. Esta posibilidad de pagos aplazados debería ser suficiente para atender a supuestos como los que trata de proteger la *inability to pay*.

---

<sup>104</sup> J. WALCH, «Inability to pay- how final is a fines decision?», *kluwercompetitionlawblog*, 31 de enero de 2013, se refiere a cómo el factor disuasorio vinculado a las multas en el ámbito *antitrust* está mejor protegido por la facultad de la Comisión Europea de conceder reducciones de la sanción, una vez publicada la decisión en la que figuran las multas en sus elevados importes originales para conocimiento público. Todavía más útil en este mismo sentido es la posibilidad de conceder ya no reducciones de la multa, que exigen inevitablemente una nueva decisión de la Comisión, sino otros sistemas de pago aplazado de la misma, sin reducción del importe global, que se acuerdan en negociaciones no públicas.