

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)8

Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

17-Mar-2017

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)  
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA  
Sesión I: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley**

-- Contribución de España --

**4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua**

*Se hace circular el documento adjunto elaborado por España PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 4-5 de abril 2017 en Nicaragua.*

Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE  
[Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: [lynn.robertson@oecd.org](mailto:lynn.robertson@oecd.org)]

**JT03410915**

Complete document available on OLIS in its original format

*This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.*

DAF/COMP/LACF(2017)8  
Unclassified

Spanish - Or. English

# FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia  
4-5 DE ABRIL DE 2017, Managua, Nicaragua

**Sesión I: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley**  
\*\*\*

## CONTRIBUCIÓN SOBRE MULTAS, DAÑOS Y BENEFICIOS ILÍCITOS EN MATERIA DE COMPETENCIA

-- CONTRIBUCIÓN DE ESPAÑA (CNMC) --

### 1. Las multas por infracciones de competencia: un momento complejo

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “CNMC”) inició sus actividades en octubre de 2013. A efectos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, uno de los problemas más importantes que afectaban a esta institución era la diferente interpretación de las multas resultante de las sentencias de la Audiencia Nacional a partir de marzo de 2013. La CNMC, en desacuerdo con las decisiones de la Audiencia Nacional, siguió aplicando la interpretación que estimaba correcta y recurría –cuando era posible– las sentencias de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo.

2. Las interpretaciones objeto de controversia se referían en particular al régimen sancionador previsto en los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007). La CNMC –en sintonía con el anterior organismo español de defensa de la competencia y con la Comisión Europea– entendía que el artículo 63 establece, para las multas, un tope o umbral de nivelación como un porcentaje (10%) del volumen de negocios total de la empresa, que ha de considerarse como un indicador de la capacidad contributiva de la empresa. Asimismo, la multa debe fijarse con arreglo a los criterios previstos en el artículo 64, entre los cuales resulta especialmente relevante la dimensión del mercado afectado por la infracción. Por el contrario, la Audiencia Nacional interpretaba que ese límite era la cifra máxima de la escala de sanciones –reservada para las infracciones más graves–, y era aplicable únicamente sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción durante el año anterior a la multa.

3. En virtud de la interpretación de la Audiencia Nacional, las multas en materia de competencia eran claramente insuficientes y no disuasorias, de forma que la participación en acuerdos contrarios a la competencia podría ser una decisión “racional”. Si el Tribunal Supremo hubiera avalado esta interpretación, las actuaciones de defensa de la competencia se habrían visto gravemente debilitadas en España, tal como ya estaba sucediendo en algunos casos resueltos mediante sentencia firme de la Audiencia Nacional (la reducción de las sanciones fue drástica, entre un 46% y un 99% de la multa original impuesta por la CNMC).

4. Afortunadamente, el Tribunal Supremo no confirmó la interpretación de la Audiencia Nacional, al menos no por completo. La primera sentencia del Tribunal Supremo fue pronunciada el 29 de enero de 2015, y ahora se han dictado otras muchas que reiteran las mismas ideas. La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo puede resumirse del siguiente modo:

1. El máximo legal del 10% previsto en el artículo 63.1 debe interpretarse como el límite superior de una escala de sanciones (tal como sostenía la Audiencia Nacional), y no como un tope o umbral de nivelación (tal como sostenía la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en consonancia con la Comisión Europea).
2. El “volumen de negocios total” que se menciona en el artículo 63.1 ha de entenderse en el sentido de volumen de negocios total (tal como mantenía la CNMC) y no como volumen de negocios total en el mercado afectado (tal como mantenía la Audiencia Nacional), lo cual es mucho más pertinente para fijar la cuantía final de las multas.
3. Las autoridades españolas de competencia deben tomar como referencia la dimensión de la infracción concreta a fin de asegurar la proporcionalidad de las multas, en especial en el caso de empresas multiproducto.

5. Ni la Ley de Defensa de la Competencia ni el Tribunal Supremo establecen un método sancionador claro, pero la CNMC ha estado intentando aplicar esta nueva jurisprudencia y ha desarrollado un nuevo método sancionador. Cabe resumir del siguiente modo nuestra actual metodología sancionadora:

- En primer lugar, se aplican a la infracción los criterios sancionadores generales para llegar a un “porcentaje sancionador” inicial (%) en función de la gravedad y el alcance de la infracción – midiéndose este último elemento por la cuota del mercado afectado por el acuerdo colusorio, su ámbito geográfico y las características pertinentes del mercado afectado (efectos en cascada, bienes básicos de consumo, etc.)– y por la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes (control, represalias, organización, etc.).
- En segundo lugar, se toman en consideración los criterios sancionadores basados en la conducta de las empresas concretas, fundamentalmente su cuota en el volumen de negocios total en el mercado afectado y las circunstancias individuales agravantes o atenuantes (reincidencia, posición de responsable o instigador, obstrucción o colaboración, actuaciones para poner fin a la infracción, no aplicación, etc.).
- Por último, se aplica una cifra máxima de proporcionalidad a fin de evitar que se produzca un efecto disuasorio excesivo cuando las empresas ejercen una gran parte de sus actividades en mercados distintos del afectado por la infracción. Para ello, se estima un límite máximo de la multa que será igual al beneficio ilícito potencial multiplicado por un factor proporcional que es función inversa de la probabilidad de detección.

6. Es posible extraer varias conclusiones. En primer lugar, la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo debe poner fin a un prolongado período de desacuerdos entre las autoridades de competencia y la Audiencia Nacional, reduciendo sustancialmente la incertidumbre en consecuencia, si bien persistirá algún grado de incertidumbre hasta la publicación final de las nuevas directrices sancionadoras de la CNMC.

7. En segundo lugar, esta nueva interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia ofrece un margen suficiente a las autoridades de competencia para imponer multas que sean proporcionadas y disuasorias.

8. En tercer lugar, el método sancionador de la CNMC difiere del aplicado por la Comisión Europea y por la mayoría de las autoridades nacionales de competencia, tanto dentro como fuera de Europa.

## **2. Sanciones, daño y beneficio ilícito**

9. Procede añadir, como conclusión adicional –relacionada más directamente con el tema que nos ocupa–, que en el caso de las autoridades españolas de competencia, la preocupación se refería más a la insuficiencia de las multas que a su excesiva cuantía. En cualquier caso, está bastante claro que el daño no es el único criterio, ni el más importante, que ha de tener en cuenta la autoridad española de competencia a la hora de fijar las multas.

10. El artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia enumera, entre otros, los siguientes criterios: la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance y duración de la infracción, los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.

11. Esta última expresión hace referencia al daño producido por la conducta anticompetitiva, pero es evidente que las multas se fijarán teniendo en cuenta otras muchas consideraciones y, por tanto, no dependerán principalmente de la cuantía del daño. Asimismo, habida cuenta de las dificultades inherentes a la estimación del daño, en muchos casos el daño sólo se considera de una forma muy general y cualitativa, sin intentar realizar una evaluación cuantitativa.

12. Por otra parte, los beneficios ilícitos –uno de los criterios mencionados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia– son estimados efectivamente por la CNMC en la tercera fase del procedimiento sancionador con vistas a cerciorarse de que las multas no sean desproporcionadas. El método que aplicamos actualmente para estimar los beneficios ilícitos se expone en la primera parte de un documento de trabajo publicado por la CNMC sobre la valoración del nivel de las multas impuestas por la autoridad española de competencia.<sup>1</sup>

## **3. Estimación del beneficio ilícito**

13. El método para estimar el beneficio ilícito parte del concepto de multa disuasoria óptima, tal como ha sido definido en la bibliografía económica, y se basa en los trabajos previos de Bucirossi y Spagnolo,<sup>2</sup> Combe y Monnier,<sup>3</sup> y más recientemente Allain, Boyer, Kotchoni y Ponsard<sup>4</sup>, entre otros.

14. Una multa disuasoria óptima puede definirse como aquella que disuade a una empresa de participar en un cártel, lo cual se logra si no puede esperar un beneficio neto de la participación, es decir, si el beneficio neto esperado por participar en el cártel es menor que la pérdida estimada. Por consiguiente, a

---

<sup>1</sup> García-Verdugo, J. (2016), Valoración económica de las sanciones de competencia, Documento AE-01/16(0428).2. Disponible en <https://www.cnmc.es/file/169106/download>.

Una versión en inglés de este documento (“An Economic Assessment of Antitrust Fines in Spain”) está siendo revisada para su publicación, pero puede facilitarse previa petición.

<sup>2</sup> Buccirossi, P. y Spagnolo, G. (2007), “Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers still go to Prison?”, in *The Political Economy of Antitrust* (V. Goshal y J. Stennek eds., Elsevier 2007).

<sup>3</sup> Combe, E. y Monnier, C. (2011), “Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement”, *Antitrust Bulletin*, 56 (235).

<sup>4</sup> Allain, M.L., Boyer, M., Kotchoni, R. y Ponsard, J.P. (2013), *Are cartel fines optimal? Theory and evidence from the European Union*, CIRANO Working Paper No. 2013s-24, Univ. of Montreal.

fin de establecer un valor de referencia para las multas es preciso partir de una estimación del beneficio ilícito que proporciona la participación en el cártel.

15. El beneficio ilícito ( $\Delta\pi$ ) o beneficio excedentario se define como la diferencia entre el beneficio obtenido por los miembros del cártel ( $\pi^M$ ) y el beneficio que habrían obtenido en condiciones de competencia ( $\pi$ ).

16. Por la claridad de su trabajo, hemos utilizado el modelo presentado por Buccirosi y Spagnolo, frecuentemente empleado en la bibliografía sobre sanciones óptimas, del que procede la siguiente fórmula del beneficio ilícito:<sup>5</sup>

$$\Delta\pi = f(S; m, k, \varepsilon) = k \frac{(1+m)(1-\varepsilon k) - \varepsilon m}{(1+m)(1+k)(1-\varepsilon k)} S$$

17. Así, el beneficio ilícito es un porcentaje del volumen total de negocios en el mercado afectado ( $S$ ), y ese porcentaje depende de tres parámetros: el margen de beneficio en un escenario competitivo ( $m$ ), el aumento de precio como consecuencia del cártel ( $k$ ) y la elasticidad-precio de la demanda ( $\varepsilon$ ) en valor absoluto.<sup>6</sup>

18. A continuación se expone brevemente la estimación de estos parámetros y del beneficio ilícito derivado de una infracción contraria a la competencia.

### 3.1. *El margen de beneficio competitivo (m)*

19. Como es bien sabido, el margen de beneficio competitivo es el porcentaje de incremento sobre el coste marginal que determina el precio competitivo. Formalmente se define como  $m = (p - c)/c$ , donde  $p$  es el precio competitivo y  $c$  es el coste marginal. En general, suponemos que el margen de beneficio competitivo es positivo (por tratarse de productos diferenciados, por la existencia de economías de escala o de patentes). Procede destacar que cuanto mayor sea el margen de beneficio competitivo, menor será el beneficio ilícito estimado, porque implica un mayor margen de beneficio en ausencia de colusión.

20. No es fácil estimar  $m$  por la falta de datos disponibles. Allain et al.<sup>7</sup>, en su estudio sobre las propiedades disuasorias de las multas impuestas por la Comisión Europea, realizan simulaciones utilizando los valores de  $m$  comprendidos en el intervalo 5-20%.

21. Combe y Monnier<sup>8</sup> utilizan como aproximación de  $m$  el margen de explotación, que es el cociente entre el resultado de explotación y el volumen de negocios total. El resultado de explotación (del que el EBITDA es una aproximación gruesa<sup>9</sup>) no incluye los gastos financieros netos, ni las amortizaciones netas ni los resultados extraordinarios. Valora en núcleo esencial del negocio, sin consideraciones fiscales o de estructura financiera. El volumen de negocio es la facturación total de la empresa sin deducir los costes de producción y comercialización. El margen de beneficio competitivo y el margen de explotación no son en general idénticos, pero en determinadas condiciones están muy correlacionados.

<sup>5</sup> Buccirosi y Spagnolo, nota 2 *supra*.

<sup>6</sup> Si se utiliza un signo negativo para el valor de la elasticidad, la fórmula del beneficio ilícito sería la misma pero con un signo positivo para el parámetro de la elasticidad.

<sup>7</sup> Allain, Boyer, Kotchoni y Ponsard, nota 4 *supra*.

<sup>8</sup> Combe y Monnier, nota 3 *supra*.

<sup>9</sup> Resultados antes de intereses, impuestos y amortizaciones.

22. Como se trata de estimar el “margen de beneficio competitivo”, es decir, el incremento de precio sobre los costes marginales que no es debido a la colusión, debe utilizarse el margen de explotación correspondiente a un período anterior a la formación del cártel, aunque no siempre es posible determinar cuándo comenzó efectivamente la cartelización.

23. Si no se dispone de estos datos en la contabilidad de una empresa, una aproximación válida sería utilizar los datos de las empresas líderes del sector, como hacen Combe y Monnier (2009). Otra alternativa más adecuada sería utilizar los márgenes brutos de explotación del sector en el que opera la empresa, como los publicados por el Banco de España, que además permiten distinguir entre empresas de distintos tamaños.<sup>10</sup>

### 3.2. *El incremento de precio como consecuencia del acuerdo colusorio o el cártel (k)*

24. El incremento de precio como consecuencia del cártel es el porcentaje en el que ha aumentado el precio con la cartelización respecto del precio competitivo. Es difícil de estimar porque no se dispone de información acerca de la situación competitiva que hubiese existido en ausencia del cártel (lo que se denomina escenario hipotético contrario o de contraste). Cuanto mayor sea el incremento del precio por el cártel, más elevado es el beneficio ilícito.

25. Con frecuencia, los cárteles son considerados infracciones por objeto o “*per se*” debido a su especial gravedad –como sucede en España y en la UE–, por lo que no es necesario calcular con precisión la variación efectiva de precios causada por la conducta para determinar si ha habido infracción o no. Por este motivo, no es raro que en el momento de fijar la multa no esté disponible esta información, aunque los datos recogidos en el expediente pueden permitir realizar estimaciones sobre los incrementos de precios efectivamente producidos por la colusión.

26. Si no existe información relacionada con una infracción específica, lo que sucede no raras veces, podrían tomarse como valores de referencia las estimaciones realizadas en la bibliografía especializada. Combe y Monnier<sup>11</sup> realizaron un examen de las distintas estimaciones y concluyeron que los incrementos de precios producidos por los cárteles a lo largo de su vida activa superan de media el 20%, llegando al 30% en el caso de los cárteles internacionales.

27. En su estudio ya citado sobre la disuasión de las multas impuestas por la Comisión Europea, Allain et al.<sup>12</sup> realizaron simulaciones utilizando como más probables los valores de  $k$  que se encuentran en el intervalo 5-30%. Por su parte, Lianos et al. (2014) realizaron un amplio estudio comparativo y concluyeron que los resultados de los principales trabajos en los que se realizan estimaciones del incremento del precio por los cárteles son muy consistentes entre ellos, y muestran que el valor medio se encuentra entre el 10% y el 20%. Sin embargo, dado que la dispersión de estas estimaciones es significativa, el documento subrayó la importancia del estudio caso por caso cuando sea posible.

---

<sup>10</sup> Banco de España, Ratios sectoriales de las sociedades no financieras: [http://app.bde.es/rss\\_www](http://app.bde.es/rss_www).

<sup>11</sup> Combe y Monnier, nota 5 *supra*.

<sup>12</sup> Lianos, I., Jenny, F., Wagner-von Papp, F., Motchenkova, E. y David, E. (2014), An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: A Comparative Analysis, CLES Research Paper 3(2014).

28. Boyer y Kotchoni<sup>13</sup> se basan en los resultados publicados por Connor<sup>14</sup>, y a la vez los corrigen. Parten de que la base de datos de este autor no recoge observaciones sino estimaciones, por lo que están sujetas a errores de modelización y estimación, así como a sesgos de publicación. Boyer y Kotchoni obtuvieron un valor medio corregido de 13,62% (con una mediana de 13,63%) para una muestra truncada formada por los cárteles cuya estimación inicial sesgada de sobreprecio por cártel estaba entre 0-50%; y obtienen una media corregida de 17,52% (con una mediana de 14,05%) para la muestra completa.

### 3.3. *La elasticidad precio de la demanda ( $\varepsilon$ )*

29. Por último, la elasticidad precio de la demanda mide la reacción de los consumidores a una variación del precio del bien o servicio. Dado que, en un bien normal, la elasticidad precio de la demanda es negativa, su demanda caerá cuando el precio aumente, por lo que el valor de la elasticidad en un mercado afecta en gran medida al beneficio ilícito obtenido por las empresas que forman parte de un cártel.

30. El valor absoluto de la elasticidad de la demanda puede oscilar en teoría entre cero (demanda perfectamente inelástica) e infinito (demanda perfectamente elástica). Como es sabido, cuando la elasticidad es inferior a uno, un aumento de precios conduce a un aumento de los ingresos totales; cuando es mayor que uno, un aumento de precios conduce a una reducción de los ingresos. No es sencillo estimar este parámetro para casos concretos, y es arriesgado estimar un valor fijo de la elasticidad-precio de la demanda para todo un sector.

31. A falta de otra información, parece más prudente construir un intervalo de variación de este parámetro utilizando los resultados de estudios empíricos, con un límite inferior igual a cero (cuando la demanda no es sensible a la variación de los precios) y un límite superior igual a  $\varepsilon = 2$ , dado que muchos estudios obtienen estimaciones de la elasticidad de la demanda por debajo de 2 en valor absoluto.

32. En la práctica, se considera que cuando la elasticidad alcanza un valor de 2 la demanda es muy elástica, mientras que una elasticidad de  $\varepsilon = 0$  significa una demanda rígida y  $\varepsilon = 1$  es el valor natural de referencia en el que un aumento porcentual del precio se traduce en una reducción de la demanda en la misma proporción. En el trabajo ya citado, Allain et al. utilizaron estos tres valores de referencia de la elasticidad precio de la demanda, junto con algún valor intermedio adicional.

### 3.4. *Estimación del beneficio ilícito*

33. Si se determinan o eligen valores para los tres parámetros analizados en esta sección, se podría calcular el beneficio ilícito de la empresa. Por ejemplo, para unos valores de  $m = 0,15$ ,  $k = 0,13$  y  $\varepsilon = 2$ , el beneficio ilícito ( $\Delta\pi$ ) sería de un 7,45% de las ventas en el mercado afectado. Si se aumenta el margen de beneficio competitivo  $m$  o la elasticidad  $\varepsilon$ , el beneficio ilícito disminuiría, mientras que ocurriría lo contrario si se incrementa el sobreprecio por cártel  $k$ .

34. Utilizando el intervalo establecido por Allain et al. para indicar el rango de valores más probables de acuerdo con los estudios empíricos, el beneficio ilícito oscilaría entre un mínimo del 3,0% ( $m = 0,20$ ,  $k = 0,05$  y  $\varepsilon = 2$ ) y un máximo del 23,1% ( $m = 0,05$ ,  $k = 0,30$  y  $\varepsilon = 0$ ) del volumen de negocio en el mercado afectado. La alternativa obvia sería utilizar los datos reales de los casos concretos.

<sup>13</sup> Boyer, M. y Kotchoni, R. (2015), "How much do cartels overcharge?", *Review of Industrial Organization*, Vol. 47(2).

<sup>14</sup> Connor, J.M., Price-Fixing Overcharges (2ª edición.), Working Paper, Purdue University.