

LA POLÍTICA DE SANCIONES EN TIEMPOS DE CRISIS

Fernando CASTILLO DE LA TORRE *

Miembro del Servicio Jurídico
de la Comisión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El nivel de las multas impuestas por la Comisión Europea por violaciones del Derecho de Competencia ha sido objeto de recientes críticas, no sólo porque se considera que dichas multas han alcanzado un nivel excesivo, sino también porque lo hacen en un momento de crisis económica. La realidad es que las solicitudes de reducción de multa basadas en la mala situación de una empresa o de un sector económico han experimentado un crecimiento importante en el último año. Esto plantea problemas delicados de cómo conciliar la necesaria disuasión con las exigencias de una posible toma en consideración del riesgo de quiebra por parte de las empresas.

Intentaré por un lado explicar cuál ha sido la práctica decisoria y la jurisprudencia en relación con este tipo de argumentos. Más adelante apuntaré algunas reflexiones personales de conjunto, y apuntaré las cuestiones abiertas en esta materia.

Conviene, de entrada, recordar que existen dos maneras en las que la existencia de una situación de crisis puede ser tenida en cuenta en el contexto de la sanción.

* Las opiniones expresadas lo son a título meramente personal.

Por un lado, la situación de crisis *en el momento de la comisión de la infracción* puede ser un motivo para moderar la multa con respecto a todos los destinatarios, ya sea desde el primer paso del cálculo de la multa, ya sea aplicando una circunstancia atenuante u otro factor corrector. Creo que esta última posibilidad es, en principio, menos ortodoxa, pues las circunstancias atenuantes tienden a reflejar circunstancias particulares de una empresa, mientras que la situación de crisis, si se quiere tener en cuenta, parece más bien reflejar una gravedad menor del cártel en su conjunto.

Por otro lado, la mala situación económica de una empresa *en el momento de la adopción de la decisión* puede conducir a una reducción de la multa de dicha empresa. Sobre este particular es claro que la Comisión debe en primer lugar respetar el límite máximo legal. Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003¹.

El Tribunal de Justicia ha considerado que 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. Se trata por tanto de un límite, aplicable uniformemente a todas las empresas y ajustado a la dimensión de cada una, que pretende evitar las multas cuyo importe sea excesivo y desproporcionado. Dicho límite superior tiene pues un objetivo distinto y autónomo del que persiguen los criterios de gravedad y duración de la infracción. La única consecuencia posible del mismo es reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de dichos criterios. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios².

No obstante, es claro que el mero hecho de que una multa no supere el límite legal no implica que sea proporcionada³, o que la empresa pueda, en realidad pagarla. Dicho límite legal actúa, pues, sólo como un primer (y rudimentario) filtro.

¹ Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 por 100 del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartados 276-286.

³ Como correctamente apunta la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de septiembre de 2007, *Prym y Prym Consumer/Comisión*, T-30/05, apartado 226.

2. LAS DIRECTRICES DE 1998

A) El contenido de las Directrices

La Directrices de 1998⁴ contienen pocas referencias a las situaciones de crisis. La metodología se basaba en la fijación de un importe de base al que se aplican incrementos para tomar en consideración las circunstancias agravantes y reducciones para tomar en consideración las circunstancias atenuantes. A la hora de evaluar la gravedad de la infracción había de tomarse en consideración «su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar) y la dimensión del mercado geográfico afectado». Así, las infracciones eran clasificadas en tres categorías que establecen la distinción entre infracciones leves, graves y muy graves. Entre las circunstancias atenuantes figuraban la función exclusivamente pasiva o subordinada en la comisión de la infracción, la no aplicación efectiva de los acuerdos o prácticas ilícitos, la interrupción de las infracciones desde las primeras intervenciones de la Comisión (en particular, verificaciones), la existencia de una duda razonable de la empresa en cuanto al carácter ilícito del comportamiento restrictivo, las infracciones cometidas por negligencia y no deliberadamente, y la colaboración efectiva de la empresa en el procedimiento, fuera del ámbito de aplicación de la comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas⁵.

No obstante, en la sección 5, titulada «observaciones generales», y en particular en su letra *b*), se afirmaba lo siguiente:

«*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 (véase el apartado 39 del XXI Informe de competencia), 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».

⁴ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (DO C 9, de 14 de enero de 1998, p. 3).

⁵ Comunicación de 18 de julio de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (DO 1996, C 207, p. 4). Comunicación de la Comisión, de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DO C 45, p. 3).

B) La práctica decisoria de la Comisión

Hay pocas decisiones en las que la Comisión haya abiertamente reconocido la existencia de una circunstancia atenuante o en general haya reconocido que una situación de crisis en el sector o de una empresa justificara una reducción de la multa. En el caso «extra de aleación» (1998)⁶ esta circunstancia justificó al menos parte de la reducción de 30 por 100 y 10 por 100 que se aplicó a las empresas. Una reducción del 10 por 100 fue reconocida en «tubos de acero sin soldadura» (1999), que fue aplicada a todas las empresas⁷. Pero desde el año 2000 la Comisión no ha aplicado una reducción de ese tipo, y en general las diferentes decisiones reflejan una actitud muy negativa hacia todo tipo de reducciones de este tipo⁸.

Esto no significa que la Comisión no haya tenido en cuenta en absoluto la situación de crisis en otras decisiones. Por un lado, alguna decisión ha impuesto importes iniciales que son, en apariencia, bastante bajos, y que quizás puedan explicarse por la situación un tanto particular del sector⁹.

⁶ Decisión 98/247/CECA de la Comisión, de 21 de enero de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 65 del Tratado CECA (Caso IV/35.814, *Extra de aleación*) (DO L 100, p. 55), considerandos 83 y 84.

⁷ Decisión 2003/382/CE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 CE (Asunto IV/E-1/35.860-B, *Tubos de acero sin soldadura*) (DO 2003, L 140, p. 1), considerandos 168-169.

⁸ *Vid.*, por ejemplo, Decisión 2000/627/CE de la Comisión, de 16 de mayo de 2000, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE [Asunto IV/34.018, *Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement* (FETTCSA)] (DO L 268, p. 1), considerandos 204 y 205; Decisión 2001/418/CE, de 7 de junio de 2000, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado CE y del art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/36.545/F3, *Aminoácidos*) (DO 2001, L 152, p. 24), considerandos 436-438; Decisión 2002/271/CE de la Comisión, de 18 de julio de 2001, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 del Tratado CE y el art. 53 del Acuerdo EEE (COMP/E-1/36.490, *Electrodos de grafito*) (DO L 100, p. 1), considerandos 179-183 y 241-242; Decisión 2003/569/CE de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado CE (Asunto IV/37.614/F3, *PO/Interbrew y Alken-Maes*) (DO 2003, L 200, p. 1), considerando 321; Decisión 2004/337/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento conforme al art. 81 del Tratado CE y al art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/36.212, *Papel autocopiativo*) (DO 2004, L 115, p. 1), considerandos 430-431; Decisión 2005/493/CE de la Comisión, de 1 de octubre de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 del Tratado CE y el art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/37.370, *Sorbatos*), considerando 469; Decisión C(2003) 4820 final de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 [CE] y con el art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/38.240, *Tubos industriales*), considerandos 370-375; Decisión 2005/566/CE de la Comisión, de 9 de diciembre de 2004, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 CE y al art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-2/37.533, *Cloruro de colina*) (resumen en el DO 2005, L 190, p. 22), considerandos 215-216; Decisión C(2005) 4634 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2005, en el Asunto COMP/F/38.354, *Sacos industriales*, considerandos 810-811; Decisión de la Comisión C(2006) 1766 final, de 3 de mayo de 2006, en el Asunto COMP/F/38.620, *Peróxido de hidrógeno y perborato*, considerandos 488-490; Decisión C(2006) 2098 final de la Comisión, de 31 de mayo de 2006 (Asunto COMP/F/38.645, *Metacrilato*), considerandos 389-390.

⁹ Decisión C(2002) 5087 final de la Comisión, de 17 de diciembre de 2002, relativa a un procedimiento incoado con arreglo al art. 65 CA (COMP/37.956, *Redondos para cemento armado*).

Por otro lado, la Comisión ha aplicado la sección 5 de sus Directrices, o un razonamiento comparable, en algunos casos.

A este respecto, atención particular merece la reducción que se otorgó en dos ocasiones a la empresa SGL. Tanto en la Decisión «grafitos especiales»¹⁰, como «productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito»¹¹, la Comisión otorgó una reducción del 33 por 100 a la empresa SGL. En la parte de las Decisiones tituladas «Capacidad de pago y otros factores», en un primer momento la Comisión desechó las alegaciones de SGL, tendentes a probar su incapacidad de pago de una multa. En un segundo momento, la Comisión recordó que hace poco ya había sancionado a SGL con importantes multas por su participación en otras actividades colusorias¹². Teniendo en cuenta las graves dificultades financieras de SGL y esas recientes sanciones, así como el hecho de que las diferentes actividades colusorias imputadas a dicha empresa se habían desarrollado simultáneamente, la Comisión consideró que, en esas circunstancias específicas, no era necesario, a fin de garantizar una disuasión efectiva, imponer a SGL el importe total de la multa y lo redujo por tanto en un 33 por 100.

En el caso del cártel «carnes de vacuno francesas»¹³ la Comisión tuvo en cuenta el contexto económico, en el marco de punto 5, letra *b*) de las Directrices, marcado en particular por la grave crisis del sector bovino, y aplicó una reducción del 60 por 100 a la cifra resultante de aumentar o disminuir el importe de base de las multas atendiendo a las circunstancias agravantes o atenuantes apreciadas. Las asociaciones reclamaban una reducción aún mayor.

C) La jurisprudencia

a) *La crisis como circunstancia atenuante*

En *Tokai I* (electrodos de grafito), el Tribunal de Primera Instancia señaló que «la Comisión no estaba obligada a considerar como circunstancia

¹⁰ Decisión C(2002) 5083 final de la Comisión, de 17 de diciembre de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado CE y del art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-2/37.667, *Grafitos especiales*).

¹¹ Decisión 2004/420/CE de la Comisión, de 3 de diciembre de 2003, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 [CE] y al art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto C.38.359, *Productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito*).

¹² En concreto una multa de 80,2 millones de euros en el asunto de los electrodos de grafito y dos multas por importe global de 27,75 millones de euros por su participación en el cártel sobre el grafito isostático y en el cártel sobre el grafito extruido, en el asunto de los grafitos especiales.

¹³ Decisión 2003/600/CE de la Comisión, de 2 de abril de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 [CE] (Asunto COMP/C.38.279/F3, *Carnes de vacuno francesas*) (DO L 209, p. 12).

atenuante la mala salud financiera del sector de que se trataba»¹⁴. Además añadió que

«por regla general, los cárteles nacen en un momento en que el sector se enfrenta a dificultades. Si se siguiera el razonamiento de las demandantes, la multa debería reducirse regularmente en la práctica totalidad de los casos. Por ello, es inútil comprobar más a fondo si los hechos del caso de autos y los que dieron lugar a otras decisiones, en las que las crisis estructurales fueron consideradas circunstancias atenuantes, eran realmente comparables»¹⁵.

En la sentencia *Danone*, el Tribunal de Primera Instancia considera que

«circunstancias como un descenso continuo de la demanda [...], la capacidad de producción excedentaria que de éste se habría derivado o incluso las presiones que la gran distribución ejerció sobre los precios constituyen, aun cuando sean comprobadas, riesgos inherentes a cualquier actividad económica que, en cuanto tales, no constituyen una situación estructural o coyuntural excepcional que pueda ser tenida en cuenta para la fijación del importe de la multa»¹⁶.

En *Heubach* el Tribunal de Primera Instancia también desestima la alegación de la demandante relativa a la supuesta crisis en que se encontraba el sector del fosfato de zinc. Recuerda que la Comisión no estaba obligada a considerar como circunstancia atenuante la mala salud financiera del sector de que se trataba¹⁷, y que por regla general, los cárteles nacen en un momento en que el sector se enfrenta a dificultades. Afirmaciones parecidas pueden encontrarse en las sentencias *Bancos austriacos (Lombard Club)*¹⁸, *Bolloré (papel autocopiativo)*¹⁹, o *Prym*²⁰. En todo caso el Tribunal de Primera Instancia tiende a completar su razonamiento indicando, con carácter subsidiario, que las dificultades invocadas por las demandantes eran exageradas²¹.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*, T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p. II-1181, apartado 345, citando su sentencia de 20 de marzo de 2002, *Lögstör Rör/Comisión* (T-16/99, Rec. p. II-1633), apartados 319 y 320.

¹⁵ *Id.*, apartado 345.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2005, *Groupe Danone/Comisión*, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 414.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 2005, *Heubach/Comisión*, T-64/02, Rec. p. II-5137, apartado 139.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión* (T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Rec. p. II-5169), apartado 510. Un recurso de casación contra dicha sentencia fue desestimado en la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de septiembre de 2009, *Erste Group Bank AG y otros/Comisión*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de abril de 2007, *Bolloré y otros/Comisión* (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II-947), apartado 663.

²⁰ Sentencia *Prym y Prym Consumer/Comisión*, antes citada nota 3, apartado 207.

²¹ Sentencia *Tokai I*, antes citada nota 14, apartado 346; Sentencia *Heubach*, antes citada nota 17, apartado 140; Sentencia *Bolloré* (papel autocopiativo), antes citada nota 19, apartados 664-665.

b) El «contexto económico específico» en el sentido del punto 5, letra b)

En *CMA* no se considera que la empresa estuviera en ninguna de las situaciones descritas en el punto 5, letra (b) de las Directrices²². En *Tokai I*, el Tribunal de Primera Instancia considera que la difícil situación del sector de electrodos de grafito,

«no se trata de un contexto económico «específico» en el sentido del número 5, letra b), de las Directrices».

y ello porque

«los cárteles nacen, en particular, en el momento en que un sector se enfrenta a dificultades. Si esta apreciación no justifica el reconocimiento de una circunstancia atenuante [...], tampoco puede justificar una reducción de la multa en el presente contexto»²³.

En el caso del cártel «carnes de vacuno francesas»²⁴ las asociaciones reclamaban una reducción aún mayor.

El Tribunal de Primera Instancia desestima la alegación según la reducción del 60 por 100 debería haberse aplicado al importe de base de la multa y no al importe ya incrementado y reducido en función de las circunstancias agravantes y atenuantes apreciadas. En efecto, las Directrices tratan de las circunstancias agravantes o atenuantes, respectivamente, en los puntos 2 y 3, que prevén el «incremento del importe de base» y la «reducción del importe de base». En cambio, el punto 5, letra b), dispone que se tomarán en consideración otras circunstancias «tras haber realizado los cálculos» y señala que sirven para «adaptar, en última instancia, los importes de las multas previstos»²⁵.

Por lo que respecta a la alegación subsidiaria según la cual el contexto económico debería haberse tenido en cuenta como circunstancia atenuante, señala el Tribunal de Primera Instancia que el punto 5, letra b), de las Directrices se refiere explícitamente a la consideración del contexto económico específico de un asunto y que, en cambio, dicho criterio no se menciona expresamente en el punto 3 de las Directrices, relativo a las circunstancias atenuantes. Así pues, concluye que la Comisión no come-

²² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de marzo de 2003, *CMA CGM y otros/ Comisión*, T-213/00, Rec. p. II-913, apartado 352.

²³ Sentencia *Tokai I*, antes citada nota 14, apartado 369.

²⁴ Decisión 2003/600/CE de la Comisión, de 2 de abril de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 [CE] (Asunto COMP/C.38.279/F, *Carnes de vacuno francesas*) (DO L 209, p. 12).

²⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de diciembre de 2006, *FNCBV y otros/ Comisión* (T-217/03 y T-245/03, Rec. p. II-4987), apartado 352.

tió un error al tomar en consideración el contexto económico del caso de autos en el marco del punto 5, letra *b*), de las Directrices y no en concepto de circunstancia atenuante, como deseaba la demandante²⁶.

El Tribunal de Primera Instancia desestima también las alegaciones de las demandantes según las cuales la Comisión no sacó todas las conclusiones oportunas de las circunstancias del caso de autos y debería, en virtud del punto 5, letra *b*), de las Directrices, haber reducido aún más las multas:

«Es importante observar que, en la Decisión impugnada, la Comisión tuvo en cuenta, en particular, al aplicar la disposición mencionada, el hecho de que la Decisión impugnada sancionaba por vez primera un acuerdo celebrado exclusivamente entre federaciones sindicales, relativo a un producto agrícola básico y que implicaba a dos eslabones de la cadena de producción, así como el contexto específico del asunto, que iba más allá del mero hundimiento de los precios o de la existencia de una enfermedad bien conocida. Este contexto específico se caracterizaba por los siguientes elementos: primero, la caída del consumo de carne de vacuno, como consecuencia, sobre todo, de la crisis de las vacas locas, que había afectado a un sector ya en difícil situación; en segundo lugar, la adopción por parte de las autoridades comunitarias y nacionales de medidas de intervención encaminadas a reestablecer el equilibrio del mercado de carne de vacuno; en tercer lugar, la situación de pérdida de confianza de los consumidores originada por los temores derivados de la enfermedad de las vacas locas; en cuarto lugar, la situación de los agricultores que, pese a las medidas comunitarias de ajuste aplicadas por Francia, se enfrentaban a un nuevo descenso de los precios de las vacas a la entrada al matadero, mientras que, por su parte, los precios al consumo se mantenían estables (considerandos 181 a 185 de la Decisión impugnada)»²⁷.

No obstante, pese a no encontrar error alguno, el Tribunal de Primera Instancia reduce, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, aún más la multa. Considera que las distintas circunstancias que la Comisión identificó y tuvo en cuenta en la Decisión impugnada, en virtud del punto 5, letra *b*), de las Directrices, presentaban un carácter muy excepcional. Ese carácter excepcional obedecía tanto a las características particulares de las demandantes y a sus misiones y sectores de actividad respectivos como, más concretamente, a las circunstancias propias del contexto económico específico del caso de autos. La reducción del 60 por 100 de las multas decidida por la Comisión en virtud del punto 5, letra *b*), de las Directrices, aunque importante, no tenía suficientemente en cuenta ese cúmulo excepcional de circunstancias²⁸. Así pues, para valorar plena y adecuadamente la totalidad de las circunstancias identificadas por la Comisión en la Decisión impugnada y considerando que es la primera vez que la Comisión sanciona este tipo de conductas contrarias a la competen-

²⁶ *Id.*, apartado 353.

²⁷ *Id.*, apartado 356.

²⁸ *Id.*, apartados 359-360.

cia, el Tribunal de Primera Instancia, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional plena, consideró oportuno fijar en un 70 por 100 el porcentaje de reducción de las multas que debía concederse a las demandantes en virtud del punto 5, letra b), de las Directrices.

c) *La relevancia de la situación económica de una empresa en particular en el momento de la decisión*

En cuanto a la posibilidad de tener en cuenta la situación financiera delicada de una empresa en el momento de la decisión, la jurisprudencia es bastante restrictiva. En la sentencia *Dansk Rørindustri*, el Tribunal de Justicia dijo que:

«la Comisión no está obligada a tomar en consideración la situación financiera deficitaria de una empresa infractora al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar una ventaja competitiva injustificada a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado»²⁹.

No obstante, la sentencia *SGL (electrodos de grafito)* reafirma que

«no es obstáculo en absoluto para aplicar esta jurisprudencia el punto 5, letra b), de las Directrices, según el cual debe tomarse en consideración la capacidad contributiva real de una empresa. Esta capacidad sólo es importante en un “contexto social específico”, 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»³⁰.

Varias sentencias del Tribunal de Primera Instancia recuerdan la inexistencia de una obligación de tener en cuenta las dificultades para pagar la multa³¹. No obstante, recientemente el Tribunal de Primera Instancia ha recordado explícitamente que aunque la Comisión no está obligada a tener en cuenta la situación financiera de una empresa, no le está vedado hacerlo³².

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 327. La sentencia cita, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 1983, *IAZ y otros/Comisión*, Asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 54 y 55.

³⁰ Sentencia de 29 de junio de 2006, *SGL Carbon/Comisión*, C-308/04 P, Rec. p. I-5977, apartado 106. Esta afirmación ya se contenía en la Sentencia recurrida, *Tokai I*, antes citada nota 14, apartado 371.

³¹ Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, *HFB y otros/Comisión*, T-9/99, Rec. p. II-1487, apartado 596; de 19 de marzo de 2003, *CMA CGM y otros/Comisión*, T-213/00, Rec. p. II-913, apartado 351; *Tokai I*, antes citada nota 14, apartado 370 (en relación con *SGL, UCAR y C/G*); Sentencia *Heubach*, antes citada nota 17, apartado 161.

³² Sentencia de 8 de octubre de 2008, *Le Carbone Lorraine/Comisión*, T-73/04, apartado 314.

Tras aceptar que el «contexto social específico» puede ser pertinente, las sentencias *Heubach*³³ y *Union Pigments*³⁴ señalan también que «la demandante no ha aportado ningún dato que permita apreciar el citado “contexto social específico”». En la segunda sentencia recuerda que

«por otra parte, el Derecho comunitario, como tal, no prohíbe que una medida adoptada por una autoridad comunitaria provoque la quiebra o la liquidación de una determinada empresa (véanse, en este sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 1986, Comisión/Bélgica, 52/84, Rec. p. 89, apartado 14, y de 2 de julio de 2002, Comisión/España, C-499/99, Rec. p. I-6031, apartado 38). La liquidación de una empresa en su forma jurídica en cuestión, aunque puede perjudicar a los intereses financieros de los propietarios, accionistas o titulares de acciones, no significa sin embargo que los elementos personales, materiales e inmateriales representados por las empresas pierdan, ellos también su valor»³⁵.

En otras palabras, que las sociedades no tienen un «derecho a la vida», es decir que no hay derecho a una reducción de la multa simplemente porque provoque la quiebra de una empresa, al menos «en su forma jurídica en cuestión». Esto significa que la Comisión podría muy bien ignorar la situación de dificultad a la hora de calcular el importe de la multa, y que las disposiciones que abren la posibilidad de tener en cuenta dichas dificultades, incluidas en las diferentes Directrices, suponen el ejercicio de un margen de apreciación que la Comisión ha decidido libremente utilizar en un determinado sentido. No estaba obligada a ello, en puridad.

En todo caso, como ejemplo en el que la empresa había quebrado poco después de la imposición de la multa, el Tribunal de Primera Instancia, «a mayor abundamiento», señala que no se había demostrado la existencia de una relación de causalidad entre la Decisión impugnada y la imposición de la multa, por una parte, y su quiebra, por otra³⁶.

3. LAS DIRECTRICES DE 2006³⁷

A) El tenor de las Directrices

En sus Directrices de 2006, la Comisión utiliza una metodología en dos etapas, para fijar las multas a las empresas o asociaciones de empresas. En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada

³³ Sentencia *Heubach*, antes citada nota 17, apartado 162.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 2005, *Union Pigments/Comisión*, T-62/02, Rec. p. II-5057, apartado 176.

³⁵ *Id.*, apartado 372.

³⁶ *Id.*, apartado 178.

³⁷ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (DO núm. C 210, de 1 de septiembre de 2006, p. 2). Las Directrices se han aplicado a todos los asuntos en los que se haya notificado un pliego de cargos después de su fecha de publicación en el *DOUE*, con independencia de que la multa se imponga en

empresa o asociación de empresas. En segundo lugar, puede ajustar este importe de base, al alza o a la baja. El importe de base se fija por referencia al valor de las ventas según la metodología siguiente.

Con el fin de determinar el importe de base de la multa, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio del Espacio Económico Europeo («EEE»). La Comisión utiliza normalmente las ventas de la empresa durante el último ejercicio social completo de su participación en la infracción («el valor de las ventas»). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción. La valoración de la gravedad se hace caso por caso para cada tipo de infracción, considerando todas las circunstancias pertinentes. Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta se fijará en un nivel que podrá alcanzar hasta el 30 por 100. Con el fin de decidir si la proporción del valor de las ventas considerada en un determinado caso debería situarse en la parte inferior o superior de esta escala, la Comisión tiene en cuenta una serie de factores, como la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las partes interesadas, la dimensión geográfica de la infracción, y la aplicación efectiva o no de las prácticas delictivas³⁸.

Los acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción, que suelen ser secretos, se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia. En el marco de la política de competencia, deben ser sancionados con severidad. Por tanto, la proporción de las ventas considerada para este tipo de infracciones se sitúa generalmente en el extremo superior de la escala³⁹.

Con el fin de tener plenamente en cuenta la duración de la participación de cada empresa en la infracción, el importe determinado en función del valor de las ventas se multiplica por el número de años de participación en la infracción⁴⁰

Además, independientemente de la duración de la participación de una empresa en la infracción, la Comisión incluirá en el importe de base una suma comprendida entre el 15 y el 25 por 100 del valor de las ventas, con

aplicación del art. 23, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 o del art. 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17.

³⁸ *Id.*, punto 22.

³⁹ *Id.*, punto 23.

⁴⁰ *Id.*, punto 24.

el fin de disuadir a las empresas incluso de participar en acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción. La Comisión puede aplicar también este importe adicional en el caso de otras infracciones, aunque no lo ha hecho por ahora⁴¹.

En cuanto a los ajustes del importe de base en la determinación de la multa, la Comisión puede tener en cuenta circunstancias que conduzcan a un incremento o a una reducción del importe de base. Por un lado se trata de circunstancias agravantes⁴² y atenuantes⁴³, pero también se prevé la posibilidad de un incremento específico para garantizar un efecto disuasorio: se podrá aumentar la multa impuesta a aquellas empresas que tengan un volumen de negocios particularmente importante mas allá de las ventas de bienes y servicios a que se refiere la infracción y se tendrá en cuenta la necesidad de incrementar la sanción para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, cuando sea posible proceder a este cálculo⁴⁴.

La sección F trata de lo que se ha dado en llamar la «capacidad contributiva». Su tenor es el siguiente:

«35. 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 irremediamente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor».

Finalmente, tras recordarse que existe la posibilidad de imponer una multa simbólica⁴⁵, se afirma que 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 21⁴⁶.

Antes de entrar a valorar la práctica decisoria, se puede constatar que las Directrices de 2006 parecen ser, en su tenor literal, más estrictas que las de 1998. Mientras que las Directrices de 1998 parecen permitir tener en cuenta sin más el contexto económico como elemento que justifica una reducción, como razón independiente y diferente a las dificultades para

⁴¹ Para decidir la proporción del valor de las ventas que debe tenerse en cuenta en un caso determinado, la Comisión considera una serie de factores, en particular los que se mencionan en el punto 22.

⁴² *Id.*, punto 28.

⁴³ *Id.*, punto 29.

⁴⁴ *Id.*, puntos 30-31.

⁴⁵ *Id.*, punto 36.

⁴⁶ *Id.*, punto 37.

pagar la multa, las Directrices de 2006 parecen tener en mente sólo la capacidad para pagar la multa, de manera que dicho contexto sólo en un elemento en la evaluación de la capacidad contributiva.

Se trata, sin embargo, de una diferencia que puede no tener consecuencias prácticas. Por un lado, como hemos visto, la Comisión, en su práctica decisoria en relación con las Directrices de 1998, ya tuvo en cuenta en ocasiones las situaciones de crisis en el momento de los hechos en tanto que circunstancia atenuante, o incluso quizás para moderar el importe inicial de la multa. Por otro lado, aunque se trata de una solución no muy satisfactoria intelectualmente, pues parece que las circunstancias atenuantes se refieren a aspectos específicos de la participación de una determinada empresa, la práctica reciente en aplicación de las Directrices de 2006 ya ofrece algún ejemplo de atenuantes aplicadas a todas las empresas⁴⁷. De ello se puede deducir que las Directrices no excluyen probablemente el tener en cuenta lo que se conocía en las Directrices de 1998 como un «contexto económico específico», desvinculado de la falta de capacidad contributiva.

B) La práctica decisoria

Las solicitudes de reducción ya sea porque había una crisis en el momento de los hechos, o por las dificultades para pagar la multa, son generalmente desestimadas. No obstante, se puede constatar un uso más frecuente de la posibilidad de reducir la multa con respecto a ciertos destinatarios en dificultades.

En el caso del cártel belga de las mudanzas internacionales, la Comisión acordó una reducción del 70 por 100 a *Interdean*⁴⁸. Tras rechazar que concurrieran las condiciones de aplicación del punto 35 de las Directrices⁴⁹, la Comisión tuvo en cuenta una serie de circunstancias particulares⁵⁰.

En la decisión relativa al cártel «reactivos a base de carburo de calcio y de magnesio para las industrias del acero y del gas»⁵¹ la Comisión ha

⁴⁷ Decisión C (2008) 5955 final de la Comisión de 15 de octubre de 2008 (Asunto COMP/39.188, *Plátanos*).

⁴⁸ Decisión C(2008) 926 final de la Comisión, de 11 de marzo de 2008, relativa a un procedimiento sustanciado al amparo del art. 81 CE (Asunto COMP/38.543, *Servicios de mudanzas internacionales*). La decisión puede encontrarse <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/38543/fr.pdf>.

⁴⁹ *Id.*, considerandos 633-655.

⁵⁰ *Id.*, considerandos 656-662.

⁵¹ Decisión de 22 de julio de 2009 (COMP/39.396, *reactivos a base de carburo de calcio y de magnesio para las industrias del acero y del gas*).

desestimado las alegaciones hechas por varias empresas en relación con la imposibilidad de pagar la multa. No obstante, y aun cuando la Comisión concluye que no concurrían las condiciones del punto 35, la Comisión otorga una reducción excepcional del 20 por 100 (sobre la base del punto 37 de las Directrices) a la empresa Almamet.

Más recientemente, en la decisión relativa al cártel de los estabilizadores térmicos, la Comisión otorga una sustancial reducción a *Bärlocher*, esta vez (y por primera vez) en aplicación del punto 35 de las Directrices⁵².

C) Reflexiones y algunas cuestiones abiertas

Aunque las Directrices de 2006 establecen un marco bastante estricto, la realidad es que la Comisión utiliza su margen de discreción en ocasiones con vistas a reducir la multa, aun cuando se diga, en primer lugar, que las excepcionales condiciones de las Directrices, y en particular su punto 35, no se cumplen. En la práctica, pues, dichas solicitudes son analizadas en detalle, y no se rechazan simplemente porque no se cumplan las restrictivas condiciones de las Directrices. Contrariamente al tenor de muchas de las decisiones adoptadas en aplicación de las Directrices de 1998, que dejaba poco margen al examen concreto de las dificultades para pagar la multa, la Comisión procede a un examen riguroso de cada situación específica, aun cuando, por supuesto, la conclusión a la que llegue no sea siempre la que las empresas desean. Se puede constatar, pues, una clara evolución en esta área⁵³.

Conviene recapitular brevemente sobre lo que debe probar una empresa y el tipo de análisis que la Comisión efectúa, así como sobre los interrogantes que no encuentran una respuesta clara todavía.

Una primera criba viene impuesta por la necesidad de verificar si la empresa tiene «capacidad contributiva» *stricto sensu*, es decir, si puede pagar la multa. Hay que decir que no existe siempre una metodología unánimemente aceptada para examinar estas cuestiones. Es obvio que se deben utilizar determinados indicadores financieros, pero se puede discutir siempre el carácter adecuado de cada uno. El más frecuentemente utilizado es el «Altman Z-score», completado con un examen de las cuentas más recientes. El Altman Z-score combina diversos indicadores financieros e

⁵² Decisión de 11 de noviembre de 2009 (COMP/38.589, *estabilizadores térmicos*).

⁵³ La práctica conlleva algunos problemas prácticos. En general la decisión debe contener una motivación al respecto, empresa por empresa, pero normalmente cada empresa no tiene acceso a los considerandos de la decisión relativos a otras empresas, por contener información confidencial. Las empresas que se sientan discriminadas pueden intentar acceder a la información confidencial, pero la Comisión en principio no puede dar acceso a la misma.

intenta predecir el riesgo de quiebra⁵⁴. Puede servir para hacer un primer análisis y excluir solicitudes que están claramente infundadas. Si se considera que la solicitud no es claramente infundada, hay que analizar otros indicadores (por ejemplo, EBITDA) y revisar en particular aquellos que se refieren a la liquidez de la empresa. Se introduce en análisis cuál sería el impacto que la multa tendría en dicha situación. Se pueden tener en cuenta ciertos aspectos, como, por ejemplo, si la empresa ha recibido recientemente inyecciones de capital por parte de sus accionistas o si la multa es significativa en relación con la cifra de negocios global.

Es, en principio, la empresa quien tiene que aportar las informaciones necesarias, como el punto 35 de las Directrices indica. No obstante, en la práctica la Comisión, una vez que la empresa solicita la reducción, se dirige a la misma con un cuestionario que está hasta cierto punto estandarizado, con vistas a recabar las informaciones que la Comisión estima más pertinentes para examinar de manera precisa su situación.

Desde el punto de vista de la empresa, es también importante saber cuándo debe solicitar la reducción. No es necesario hacerlo demasiado pronto, pues lo que importa es la situación en el momento de la decisión. Es por ello mejor aportar los datos unos meses o semanas antes de la fecha de adopción previsible de la decisión⁵⁵. Ello es necesario para dar una imagen lo más actual posible de la situación de la empresa, pero también porque es sólo entonces cuando la Comisión tendrá una idea más precisa de los importes probables de la multa.

Aunque como veremos el pago a plazos es posible, no parece adecuado que este elemento tenga una importancia excesiva en el análisis de la cuantía de la multa, aunque tampoco convenga ignorarlo totalmente. En último caso, una muy larga moratoria del pago supondría que sería imposible demostrar la incapacidad de pagar la multa.

Una cuestión abierta es si se debe tener en cuenta la capacidad de la empresa en su conjunto, incluso en situaciones en las que la sociedad matriz actual del grupo no es destinataria de la decisión⁵⁶. Por un lado, el que el límite máximo legal (del 10 por 100 del volumen total de negocios)

⁵⁴ El Z-Score, desarrollado en los años sesenta por Edward ALTMAN, es un modelo de previsión de quiebra. Combina varios de los indicadores financieros más significativos dentro de una derivación estadística. Un Z-score por encima de 3 implica que una empresa no presenta probabilidad de quiebra y se le considera segura, mientras que uno que esté por debajo de cierto valor (1,8, 1,5 o 1,1, por ejemplo), significa que la quiebra es inminente. Este modelo debe ser completado con un análisis del balance.

⁵⁵ Lo que, con frecuencia, la empresa no puede predecir con exactitud, por lo que es recomendable mantener informada a la Comisión en todo momento sobre la marcha de las cuentas de la empresa.

⁵⁶ Si la matriz es también destinataria de la decisión, parece haber menos objeciones a tener en cuenta la capacidad del grupo en su conjunto.

no se puede probablemente aplicar sobre la base de la cifra de negocios del grupo si la matriz del mismo no es destinataria de la decisión⁵⁷, sugiere que el mismo enfoque debería aplicarse en el contexto del punto 35 de las Directrices (o en todo análisis sobre la capacidad contributiva, aun cuando se haga en el marco del punto 37). Por otro lado, en el contexto de solicitudes de medidas cautelares es jurisprudencia constante que se debe tener en cuenta la situación del grupo al que la demandante pertenece, aun cuando la sociedad matriz del grupo no sea destinataria de la decisión (*vid. infra*).

Otra cuestión abierta es cómo tratar situaciones en las que la mala situación es resultado obvio de ciertas decisiones financieras incorrectas, como el no efectuar reservas adecuadas, o incluso de decisiones conscientes con vistas a vaciar la empresa de toda actividad real. Parece que la Comisión debe tener margen de apreciación para evaluar cada caso concreto, aunque desde luego dichas circunstancias no invitan precisamente a ser clemente con la empresa.

En fin, no parece que se pueda interpretar demasiado literalmente la exigencia de que los activos pierdan «todo valor», pues es casi imposible encontrar una situación en que dicha condición se cumpliría. En todo caso, la interpretación de este requisito es también controvertida, pues supone un examen prospectivo (sobre la posibilidad de que otra empresa retome en su totalidad o en parte la actividad, usando dichos activos) que no siempre es fácil de realizar, y puede ser altamente especulativo.

Si el examen de la capacidad contributiva *stricto sensu* se presta ya a abundantes interrogantes, a las mismas hay que añadir las que provoca el examen del contexto económico y social «particular». En cuanto al primer elemento, se puede uno preguntar si se exige que haya, además de una mala situación económica de la empresa, una mala situación económica en general. Como vimos, la interpretación que de este concepto ya hizo el Tribunal de Primera Instancia en el contexto de las Directrices de 1998 es ambigua: la sentencia *Tokai I* parece tener en cuenta una crisis de un sector, mientras que la sentencia sobre «carnes de vacuno francesas» sugiere exactamente lo contrario. En el único caso de aplicación

⁵⁷ Algunas sentencias parecen partir de dicha necesidad, *vid.* sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de julio de 2006, *Hoek Loos/Comisión*, T-304/02, Rec. p. II-1887, apartado 116; Sentencia de 8 de octubre de 2008, *SGL/Comisión*, T-68/04, apartados 137-139. No obstante, otras sentencias pueden interpretarse de manera más abierta, *vid.*, por ejemplo, las Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, *HFB y otros/Comisión*, T-9/99, Rec. p. II-1487, apartados 528-531; Sentencia *Tokai I*, antes citada nota 14, apartado 356; Sentencia *Bolloré* (papel autocopiativo), antes citada nota 19, apartado 538; de 12 de diciembre de 2007, *Akzo Nobel y otros/Comisión* (T-112/05, Rec. p. II-5049), apartados 90-91; Sentencia de 8 de julio de 2008, *Knauf/Comisión*, T-54/02, apartados 339 y 353.

del punto 35 de las Directrices (cártel de los estabilizadores térmicos) la Comisión se ha referido a la crisis económica general, lo que no prejuzga quizás la aplicación de dicho punto aun cuando la crisis sea cosa del pasado.

El alcance del segundo elemento (contexto social) quizás pueda discernirse más claramente, pues según jurisprudencia constante, relativa a las Directrices de 1998, se refiere al «aumento del desempleo o en deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende o de los que se abastece»⁵⁸.

La realidad es que la Comisión en los tres casos en que ha reducido la multa, lo ha hecho en la mayoría de los casos en aplicación del punto 37, y no del punto 35. No obstante, no creo que se pueda abusar de la posibilidad que abre el punto 37 de desviarse de la metodología estándar, pues el desviarse frecuentemente supondría socavar la metodología misma y privar a las Directrices de su ya controvertido valor normativo o al menos indicativo. Además, todo desvío debe estar motivado por razones objetivas, sin que dé la impresión de actuaciones erráticas o arbitrarias.

4. LA POSIBILIDAD DE PAGO APLAZADO Y LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

Hay que señalar que el rigor en la imposición de la multa viene mitigado por la posibilidad de pagos aplazado⁵⁹. El art. 85 del Reglamento financiero de desarrollo⁶⁰, titulado «concesión de moratorias de pago» estipula que:

«El contable, de común acuerdo con el ordenador competente, no podrá conceder ninguna prórroga en el pago sino previa petición por escrito, debidamente justificada, del deudor y con la doble condición de que éste:

a) se comprometa a pagar intereses, al tipo previsto en el art. 86, durante todo el nuevo plazo concedido a partir de la fecha de vencimiento prevista en el art. 78, apartado 3, letra b);

⁵⁸ Sentencia de 29 de junio de 2006, *SGL Carbon/Comisión*, C-308/04 P, Rec. p. I-5977, apartado 106.

⁵⁹ Dicho plazo aplazado fue ya autorizado por la Comisión misma cuando adoptó la decisión en el asunto *mudanzas internacionales* (antes citada, nota 48), aun cuando no figure en su parte dispositiva, sino en las actas de la reunión. También figura en la parte dispositiva de la Decisión 94/215/CECA de la Comisión, de 16 de febrero de 1994, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 65 del Tratado CECA con respecto a los acuerdos y prácticas concertadas de varios fabricantes europeos de vigas (*DO L* 116, p. 1).

⁶⁰ Reglamento (CE, Euratom) núm. 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento (CE, EURATOM) núm. 1605/2002 del Consejo, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (*DO L* 357, de 31 de diciembre de 2002, p. 1/71).

b) constituya, con el visto bueno del contable de la Institución, una garantía financiera que cubra tanto el principal como los intereses de la deuda aún por cobrar, a efectos de proteger los derechos de las Comunidades.

La garantía a la que se refiere la letra b) del primer párrafo podrá ser sustituida por la fianza personal y solidaria de un tercero con el visto bueno del contable de la Institución».

Por otro lado, es bien sabido que cuando se interpone un recurso, existe la posibilidad de aportar una garantía que cubra el importe de la multa.

«Art. 85 bis

Recaudación de multas, multas coercitivas y otras sanciones (arts. 73 y 74 del Reglamento financiero)

1. En los casos en que se interponga una acción ante un órgano jurisdiccional comunitario contra una decisión de la Comisión por la que se imponga una multa, una multa coercitiva u otra sanción conforme al Tratado CE o al Tratado Euratom, y hasta que se hayan agotado todas las vías de recursos jurisdiccionales, el contable recaudará provisionalmente del deudor los importes en cuestión o le pedirá que deposite una garantía financiera. Esta garantía será independiente de la obligación de pagar la multa, la multa coercitiva u otra sanción, y será ejecutable en cuanto así se solicite. La garantía cubrirá el principal y los intereses de la deuda según lo dispuesto en el art. 86, apartado 5.

2. Agotadas todas las vías de recursos jurisdiccionales, las cantidades recaudadas provisionalmente y los intereses correspondientes se consignarán en el presupuesto o se reembolsarán al deudor. En caso de garantía financiera, ésta deberá ejecutarse o liberarse».

En tercer lugar, existe la posibilidad de solicitar al juez comunitario medidas cautelares. Como el Presidente del Tribunal de Justicia explicó en *Cho Yang Shipping*⁶¹:

«... una solicitud de dispensa de la obligación de constituir una garantía bancaria como requisito para no proceder al cobro inmediato de una multa impuesta por la Comisión sólo puede acogerse cuando concurren circunstancias excepcionales. En efecto, la posibilidad de exigir la constitución de una garantía está expresamente prevista en los procedimientos de medidas provisionales por los Reglamentos de Procedimiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, y se corresponde con una línea de actuación general y razonable de la Comisión...

[...] la posibilidad de obtener la suspensión de la obligación de pagar una multa que ha sido impuesta a una empresa por infringir las normas sobre la competencia, a la que se añade la facultad que tiene esta última de demostrar que concurren circunstancias excepcionales que justifican que sea dispensada de la obligación de constituir una garantía bancaria, tiene en cuenta, en particular, el hecho de que la existencia de una infracción de dichas normas todavía no ha sido declarada por un órgano jurisdiccional independiente e imparcial, y que todavía no se ha fijado de manera definitiva el importe de la multa».

⁶¹ Auto de 15 de diciembre de 2000, *Cho Yang Shipping/Comisión*, C-361/00 P(R), Rec. p. I-11657, apartados 88 y 92.

La posibilidad de que, como reacción a una solicitud de medidas cautelares, se suspenda el pago de la multa o, más concretamente, de que se suspenda la obligación de proporcionar una garantía bancaria que cubra el importe de la multa, requiere que concurren circunstancias excepcionales. La existencia de tales circunstancias puede considerarse, en principio, demostrada cuando la parte que solicita la dispensa de constituir la garantía bancaria exigida aporta la prueba de la imposibilidad objetiva de constituir dicha garantía o bien la de que su constitución podría poner en peligro su existencia⁶². Es decir, que aunque no hay un «derecho a la vida» en lo que se refiere al análisis, en el marco del asunto principal, del importe de la multa (aun cuando la Comisión pueda tener en cuenta, si así lo desea, dicho elemento, como hemos visto), al menos dicho «derecho» existe durante el período en que se sustancia el recurso contra la multa.

En particular, a fin de determinar si una empresa puede constituir una garantía bancaria, el juez de medidas provisionales debe tener en cuenta el grupo de empresas al que ésta pertenece y, en particular, los recursos de que dispone, en su conjunto, dicho grupo. Este enfoque se basa en la idea de que los intereses objetivos de la empresa afectada no presentan un interés autónomo respecto de los de las personas, físicas o jurídicas, que la controlan y de que el carácter grave e irreparable del daño alegado debe, por tanto, apreciarse en relación con el grupo que dichas personas integran. Esta confusión de intereses justifica, en particular, que no se valore el interés de la empresa afectada en sobrevivir independientemente del interés de quienes la controlan en su supervivencia⁶³.

No obstante, en ocasiones son adoptadas medidas cautelares. Por ejemplo, en el asunto *Romana Tabacchi* se suspendió la obligación de constituir una garantía bancaria a favor de la Comisión para evitar el cobro inmediato de la multa que le había sido impuesta. No obstante, dicha suspensión estaba sometida a varias condiciones, que implicaban sólo una moratoria parcial, no cubierta por una garantía financiera⁶⁴.

⁶² Vid., más recientemente, los Autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 2009, *Tudapetrol Mineralölerzeugnisse Nils Hansen/Commission*, T-550/08 R, y de 29 de octubre de 2009, T-352/09 R, *Novácké chemické závody, a.s./Comisión*. En el Auto de 28 de marzo de 2007, *IBP et International Building Products France/Commission*, T-384/06 R, no publicado, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia, refiriendo a una jurisprudencia anterior, explica que el hecho de que la garantía bancaria sea inmediatamente exigible no es contrario al art. 6 del CEDH.

⁶³ Vid. autos en la nota previa, así como la jurisprudencia reiterada citada en los mismos.

⁶⁴ Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 13 de julio de 2006, *Romana Tabacchi SpA/Comisión*, T-11/06 R, Rec. p. II-02491.