

2ª Conferencia Luso-Española de Derecho de la Competencia

Aplicación del programa de clemencia en
España y Portugal
Un año en perspectiva

Rafael Allendesalazar
Socio

30.06.2011

ML|A|B Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann Abogados

Antes de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia

- Los cárteles, es decir, los acuerdos entre competidores para fijar precios o repartirse mercados y/o clientes, son una de las infracciones más graves del Derecho de la Competencia.
- A pesar de ser una de las prácticas más perniciosas para los consumidores, el juego de la competencia y la economía en general, estas prácticas rara vez eran sancionadas en España por ser difícilmente detectables. Al contrario por ejemplo, que los acuerdos de distribución o incluso de fijación vertical de precio, o que las prácticas de las empresas en posición de dominio, los cárteles no suelen ser públicos y son muy difíciles de probar.
- Bajo la antigua Ley 16/1989, las autoridades españolas perseguían por lo general infracciones “menores” de Colegios Profesionales, registros de morosos, o acuerdos restrictivos de nivel local (*e.g. Panaderos de Burgos; Autoescuelas de Alcalá*).
 - Sancionaban más a las asociaciones y pocas veces a las propias empresas.

Los procedimientos de exención y de reducción del importe de multa en la Ley 15/2007

- Una de las novedades de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ha sido la introducción en nuestro sistema de los programas de clemencia, inspirado en el modelo de la Comisión Europea y en el de la Red de Autoridades de la Competencia
 - Arts. 65 y 66 de la Ley 15/2007 y los arts. 46-53 del Reglamento de DC (R.D. 261/2008).
 - **Sistema reglado**, frente al *soft law* de la Comisión Europea.
- Un programa de clemencia recompensa a las empresas que, formando o habiendo formado parte de un cártel, cooperan con las autoridades de defensa de la competencia aportando elementos de rueba que permitan detectar la infracción (conduciendo en su caso a una inspección domiciliaria) o constatar su existencia, sancionándola.
- La recompensa para las empresas que participan en un programa de clemencia depende del momento en que se pongan en contacto con la autoridad de competencia más que de la “calidad” de la información suministrada:
 - La exención total beneficia a la primera empresa que aporte elementos de prueba que posibiliten a la CNC la detección del cártel o la instrucción del expediente sancionador, siempre que no hayan sido las instigadoras del mismo y pongan fin a su participación en la conducta prohibida.
 - Las siguientes empresas que aportan elementos con valor añadido significativo a la autoridad de competencia, podrán ver reducida su multa en 30-50%; 20-30%; hasta 20%.
 - España los rangos de reducción están reglados mientras que en otros países hay más flexibilidad.

Los procedimientos de exención y de reducción del importe de multa en la Ley 15/2007

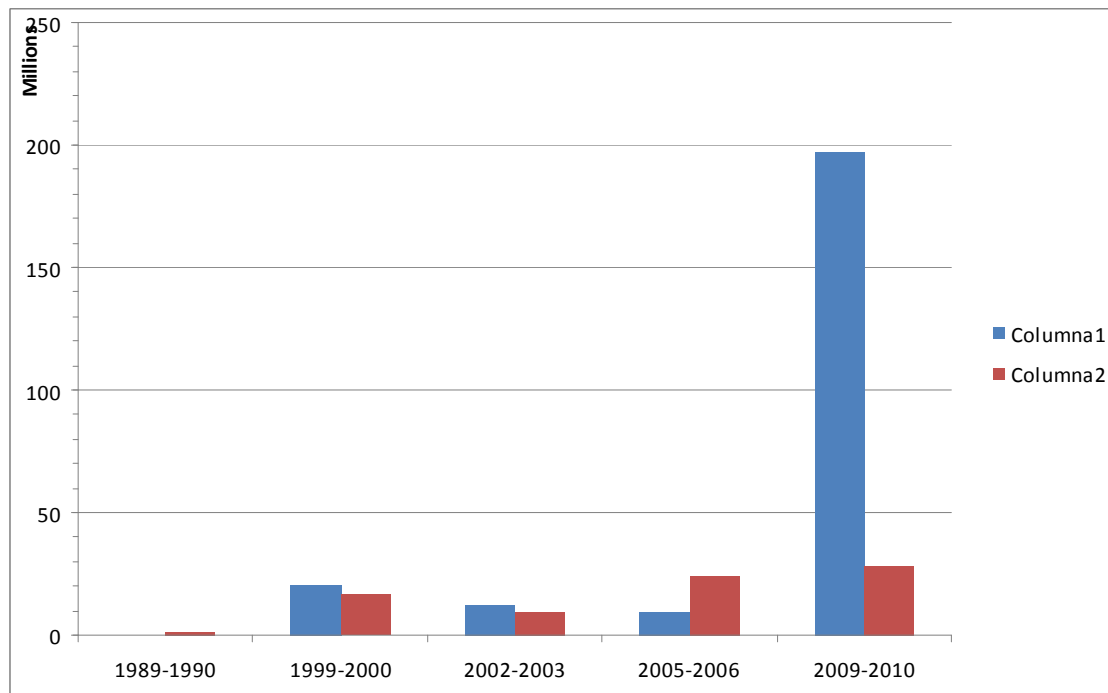
- No es un sistema de transacción que recompense la cooperación como el introducido en el Reglamento CE 622/2008. En España no existe.
- El Libro Blanco que preparó la actual LDC señalaba que un sistema de clemencia se caracteriza porque prima el interés de que se detecten cárteles y sean prohibidos sobre el interés público en que se multe a todas las empresas infractoras.
 - El éxito del programa, así como el volumen de las multas impuestas en los últimos tiempos sugieren que los beneficios en términos de detección de este tipo de prácticas son elevados e incluso que las multas a las empresas infractoras de la competencia en España también han aumentado sustancialmente.
- Cabe destacar tres efectos de un programa de clemencia:
 - Desestabiliza los cárteles, la incertidumbre de la posibilidad de delación de los demás partícipes impulsa e incentiva a cada miembro del cártel a intentar ser el primero en contactar con las autoridades de competencia;
 - Supone una vía de salida para las empresas que forman parte de un cártel;
 - En el seno de los procedimientos sancionadores desalinea las estrategias jurídicas de las empresas investigadas y reduce la posibilidad de negar la existencia de una infracción.

El éxito del programa de clemencia en España

- El programa de clemencia implantado por la Comisión Europea en 1996 y, tras sucesivas modificaciones, cabe afirmar que ha sido todo un éxito.
 - El 80% de los expedientes tramitados por la Comisión derivan del programa de clemencia.
- En España había dudas sobre el éxito de un programa de este tipo. Se consideraba que el carácter latino hacía poco factible el éxito de un programa basado en la delación de los competidores (e.g. Grecia; Portugal).
 - Incluso el Libro Blanco de reforma de la LDC mencionaba que «nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una tradición jurídica» en esta materia en procedimientos sancionadores.
 - No obstante, también es cierto que muchas de las empresas solicitantes son filiales de multinacionales y rara vez son empresas españolas (con la excepción del expte. *Vinos de Jerez*).
- 4 años más tarde, sin embargo, cabe afirmar que éste programa ha sido un éxito.
 - Con anterioridad las autoridades españolas de defensa de la competencia sancionaban muy pocos cárteles, y en general “menores”; en la actualidad, son varios los cárteles sancionados cada año.
 - El presidente de la CNC afirma que los cárteles pueden suponer en la actualidad al menos un 10% de los expedientes en trámite y se han realizado cerca del unas 40 inspecciones.
 - Van en aumento las infracciones detectadas y sancionadas gracias a la clemencia. En 2009 fue el primero (*Dentifrícos*), 4 en 2010 (*Vinos de Jerez, Transitarios, Fabricantes de Gel, Peluquería Profesional*) y 2011 (*STANPA, Bombas de Fluidos*).
- La importancia de estos expedientes es creciente. No sólo cuantitativamente, con el aumento de los cárteles detectados y sancionados, sino también cualitativamente, pues estos expedientes han supuesto un incremento espectacular de las sanciones impuestas por la CNC.

Evolución de las sanciones impuestas por las autoridades de Competencia en España (en términos anuales)

El aumento a partir del año 2008



Multas CNC - 2011

- Resolución *STANPA* **900.000 €** (Res. 21.2.2011)
- Resolución *Peluquería profesional* **64 millones €** (Res. 2.3.2011)
- Resolución *UNESA y Asociados* **61 millones €** (Res. 13.5. 2011)
- Resolución *Bombas de Fluidos* **17 millones €** (Res. 24.6.2011)

Aspectos a considerar del Programa de Clemencia de las autoridades españolas

- En España este programa es todavía bastante reciente y existen todavía bastantes aspectos que deben perfilarse en el funcionamiento del sistema.
 - Además, ha sido acompañado de un cambio de criterio por cuanto: (i) ahora existe una Comunicación relativa al cálculo de las sanciones, la cual supone en la práctica un incremento sustancial de las mismas; y (ii) ese fenómeno se acrecienta dado que ahora por regla general se tiene en cuenta el volumen de facturación de la matriz (aplicación del artículo 61.2 LDC 2007 frente a una escasa aplicación del antiguo artículo 8 LDC 1989).
- El programa de clemencia **sólo se aplica a los cárteles**. La Disposición Final Cuarta señala que, a los efectos de la LDC, «*se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones*».
 - ¿Podría solicitar la clemencia una empresa que fuera miembro del cártel pero no competidora de los demás miembros del cártel?
 - Gestores del cártel ó las asociaciones (As. *Vinos de Jerez*).
 - Acuerdos de *hub and spoke*.
 - ¿Qué debe considerarse secreto?
 - ¿Es un cártel y debe beneficiarse de la clemencia un acuerdo firmado ante representantes públicos o difundido en los periódicos (frecuentemente en el sector agrícola)?
 - En ocasiones, la CNC ha resaltado el carácter cerrado del grupo que intercambiaba información (*Peluquería profesional*); en otros casos ha considerado que reforzaba el carácter restrictivo del intercambio el hecho de intentar incorporar más miembros (*Bombas de fluidos*).

Aspectos a considerar del Programa de Clemencia de las autoridades españolas

- La Comunicación de la Comisión europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel se refiere a los cárteles como «acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objeto consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores».
- Si comparamos esto con la definición en España, observamos que en la definición de la Comisión Europea es más amplia y en ella sí entrarían prácticas que no entrarían automáticamente en la definición de la LDC: por ejemplo, el Boycott. Además:
 - La definición de la Comunicación de la Comisión Europea está redactada en términos amplios y las prácticas están enunciadas a modo de ejemplo, no son exhaustivos.
 - En cambio, en España la definición de cártel es mucho más rígida y se enuncia una serie de prácticas con carácter exhaustivo; fuera de esa lista no debe considerarse un cártel.
- ¿Puede interpretarse de forma amplia la definición legal de cártel? A efectos del límite de las multas (artículo 62, infracciones muy graves), es una norma sancionadora, pero a efectos de la política de clemencia es una norma que beneficia al administrado.
- Expedientes de art. 1 LDC o fe 101 TFUE.
- Forzar el concepto de cartel y aplicar la clemencia a prácticas que no lo son (*Bombas de fluidos*)
- “pseudo cárteles” sancionados con el 3% del volumen de negocios y prácticas que no son cárteles pero que se benefician de clemencia (*Bombas de fluidos*)

Aspectos a considerar del Programa de Clemencia de las autoridades españolas

- ¿Qué ocurre con los intercambios de información?
 - Los acuerdos de información sobre aspectos sensibles como precios sí suponen una coordinación del comportamiento competitivo, pero en España se debate si son acuerdo «cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».
 - El apartado 59 de las Directrices Horizontales señala que «la comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán carteles y, como tales, serán multados».
 - Como señaló en una conferencia el 2.06.2011 una funcionaria de la DGCOMP, la definición de cártel es muy amplia en Derecho de la UE y para aplicarla lo importante es fijarse en el resultado de la práctica: ¿se influye en los precios? ¿conduce a un reparto de mercados? Si la respuesta es sí, un intercambio de información puede ser considerado un cártel.
 - Es decir, la Comisión Europea parte de una definición amplia de lo que es un cártel y parece abogar por interpretar esta noción de forma amplia y desde un punto de vista material .
- Esto pone de manifiesto las dificultades de aplicar una política de clemencia en diversos Estados miembros que pueden tener reglas muy diferentes, de forma que lo que en un Estado miembro puede ser considerado una práctica susceptible de beneficiarse de un programa de clemencia, en otro Estado miembro no podría beneficiarse de dicho programa. Esto complica las elecciones de las empresas:
 - Dado la actual tendencia de la Comisión Europea a reenviar cada vez más asuntos a las autoridades nacionales;
 - Los intercambios de información entre autoridades de la Red de Autoridades de Competencia (e.g. entre España y Portugal);
 - Lo que puede acogerse a un programa de clemencia en algunos países;
 - En el Reino Unido los acuerdos de *hub and spoke* o los acuerdos verticales se benefician del programa de clemencia.
- Dificil entender el límite: comparar *Fabricantes de envases de hojalata y bombas de fluidos*. ¿Clemencia como mayor diferencia?
 - Reticencia de la autoridad española es reticente en la práctica a conceder reducciones (sólo concedió una en el expte. *Transitarios y Geles*), mientras que la Comisión Europea en suele conceder varias reducciones (en sus últimos tres exptes. ha concedido reducciones en todos los casos incluyendo hasta la 5ª empresa que lo solicitaba).

Aspectos a considerar del Programa de Clemencia de las autoridades españolas

- La normativa española de Defensa de la Competencia regula de manera más o menos adecuada la confidencialidad y el acceso a los documentos que integran una solicitud de clemencia.
- No obstante: ¿qué ocurre en la fase contenciosa-administrativa o en las reclamaciones de daños y perjuicios en las que se solicite como prueba la aportación del expediente administrativo?
- En lo que respecta a la confidencialidad, la jurisdicción contenciosa-administrativa ya ha establecido por vía jurisprudencial (al menos en una jurisprudencia «incipiente») el derecho de las partes a que se mantengan como confidenciales los documentos así declarados en vía administrativa.
- Sin embargo, no existen en nuestro ordenamiento ni jurisprudencia ni normas que regulen el acceso a los documentos (solicitud, declaraciones y anexos) que integran una solicitud de clemencia.
 - La única norma que existe en España es el artículo 15 Bis LEC, que establece que cuando la CNC intervenga en un procedimiento como *amicus curiae*, no aportará los documentos integrantes de una solicitud de clemencia.
- En la reciente Sentencia TJUE de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer*, el Tribunal de Justicia señaló que corresponde al ordenamiento de cada estado miembro regular en qué condiciones y con qué límites pueden acceder terceros a una solicitud de clemencia.
 - El ordenamiento nacional debe, no obstante: (i) establecer normas que no disuadan a los particulares de participar en un programa de clemencia (por el riesgo de que su solicitud luego pueda ser utilizada para, pro ejemplo, reclamar daños); y (ii) dichas normas no sean menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación.
 - «La pelota está ahora en el tejado» de los legisladores nacionales.
 - Cabe entender que una solución adecuada no pasaría por dar acceso a la solicitud de clemencia ni a las declaraciones del personal de la empresa.

Rafael Allendesalazar

Socio

ML|A|B

Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann Abogados

Claudio Coello, 37 • 28001 Madrid • España

T+34 91 426 44 70 • F+34 91 577 37 74 •

rallendesalazar@mlab-abogados.com

www.mlab-abogados.com

ML|A|B Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann Abogados