

1. Introducción

En el marco del proyecto del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, se me ha pedido que comente el título quinto del anteproyecto de Ley de defensa de la competencia, referido al régimen sancionador y a la clemencia.

El hecho de juntar sanciones y clemencia en un mismo título parece adecuado puesto que ambos elementos son, o han de ser, instrumentos complementarios para aumentar la disuasión general de un sistema de defensa de la competencia.

El primero porque expresa la voluntad de la autoridad de sancionar con severidad las infracciones de la legislación de competencia. Hay que decir, sin embargo que la inclusión, tanto en el sistema español como en el comunitario, de una sanción máxima (en ambos casos el 10% de la facturación total en el ejercicio anterior), elegida de manera arbitraria, limita la severidad general de las sanciones a la par que permite a las empresas prever el monto máximo posible de la sanción y compararlo con los beneficios obtenidos de la infracción.

El segundo, totalmente inédito en la práctica de la competencia española y relativamente reciente en la comunitaria, porque favorece la defección, lo que aumenta la inestabilidad inherente a muchos cárteles, y porque multiplica la probabilidad de detección de los mismos por la autoridad de la competencia. No hay que olvidar que los cárteles son sin discusión la infracción de las reglas de competencia más dañina en términos de bienestar económico general.

Ahora bien, sanción y clemencia no han de ser los únicos medios de disuasión a disposición de las autoridades de competencia. Además, es fundamental que la autoridad sea capaz de concentrar sus recursos humanos y materiales en la detección y persecución de las infracciones más dañinas y que los procedimientos administrativos permitan una reacción lo más expeditiva posible, dentro del respeto del derecho de la defensa.

De los dos últimos elementos van a ocuparse otros ponentes. Por ello, me limitaré a señalar aquí que la Dirección General de Competencia de la Comisión ha creado una dirección especializada en la lucha contra los cárteles².

Respecto a los procedimientos, en opinión del autor, sería conveniente traducir en derecho de la competencia europeo las “plea bargains” o transacciones usadas en Estados Unidos, mediante las cuales las empresas infractoras reconocen su culpa y aceptan una sanción (normalmente de menor cuantía que la que se les habría impuesto de haber seguido el procedimiento hasta el final). Las transacciones permiten acortar los plazos de los expedientes, por lo que liberan recursos.

¹ Administrador principal en la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Las opiniones expresadas son personales y no constituyen en ningún caso posiciones oficiales de la Comisión Europea.

² Para obtener detalles adicionales sobre esa dirección especializada se puede consultar el artículo “Reorganisation of cartel work in DG Competition” Anna Saarela y Paul Malric-Smith. Competition Policy Newsletter, 2005, nº2, Summer, Pág. 42. Disponible en la dirección <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/>

2. La necesidad de disponer de un régimen sancionador que contribuya a la disuasión

La determinación del importe de la multa es el colofón de una decisión de infracción. Su traducción en términos monetarios, al margen de la publicidad negativa que toda constatación de infracción conlleva, es lo que hace daño al bolsillo de las empresas en el corto plazo.

El cálculo de la multa conlleva un alto riesgo de incurrir en errores de tipo 1 (intervención excesiva de la autoridad) o de tipo 2 (intervención insuficiente).

Si la multa es excesiva, algunas empresas incapaces de pagarla podrían verse abocadas a salir del mercado. Como, además las empresas que más se benefician de una infracción suelen ser las que cuentan con mayores recursos económicos, la sanción podría disminuir la competencia en el mercado a medio o largo plazo y fomentar la creación de posiciones de dominio individuales o colectivas.

Ante la amenaza de sanciones muy elevadas, las empresas pueden también verse abocadas a invertir recursos adicionales para potenciar los controles internos, por lo que sus costes aumentarán.

Si las sanciones son leves; y si, además, el riesgo de detección es limitado, las infracciones se multiplicarán casi con certeza.

Existen, sin duda, diversas escuelas de pensamiento sobre cuál debería de ser el nivel ideal de la multa. Cabe pensar que en la determinación de una multa deberían de tenerse en cuenta tres elementos fundamentales: el daño causado al bienestar económico general, la probabilidad de detección y el coste social imputable a la detección y persecución de las infracciones.

Ahora bien, en la práctica es muy difícil traducir en cifras dichos elementos y, aún si se pudiera, el resultado podrían ser multas astronómicas, imposibles de compatibilizar con regímenes sancionadores en los que la sanción máxima está limitada a un porcentaje, sin duda doloroso pero asumible, de la facturación total de las empresas³.

Descartada esa metodología -como método de cálculo que no en tanto que elementos a tener en cuenta a la hora de sancionar-, quedan, fundamentalmente, dos tipos de regímenes sancionadores. Uno basado en valores absolutos y otro en porcentajes.

El primero es el vigente en el sistema comunitario desde 1998. Hace un mayor hincapié en la sanción que en las empresas que la cometen. Ahora bien, como se señalará a continuación, lleva aparejado un sesgo inherente contra las empresas pequeñas en infracciones colectivas.

El segundo, que parece ser el propuesto por el anteproyecto de Ley, modula mejor la sanción a las circunstancias particulares de cada empresa. Ahora bien, puede ser menos disuasorio que el anterior dependiendo de los porcentajes que se adopten.

A continuación, me propongo analizar la propuesta que el anteproyecto de Ley realiza sobre las sanciones, a la luz de la experiencia reciente de la Comisión Europea. Para ello, en primer lugar pasaré a describir el sistema comunitario, tanto su metodología como la aplicación que del mismo se ha realizado. A continuación

³ La discusión sería muy distinta si fueran posibles sanciones penales para los directivos. Sin embargo, el sistema comunitario deja claro que las multas no tienen naturaleza penal. En el caso español, el anteproyecto de Ley contempla sanciones personales de hasta 60.000 euros, lo cual ya es una mejora respecto al sistema comunitario. Sin embargo, cabe pensar que la disuasión adicional que tales sanciones personales suponen no será muy significativa; en especial porque indirectamente serán las empresas quienes las paguen.

describiré el sistema propuesto en el anteproyecto de Ley y, por último, analizaré algunos aspectos del mismo que, a mi juicio, podrían ser mejorados.

2.1. Las directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento 17/62 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (en adelante “las directrices”)

El apartado 2 del artículo 15 del extinto reglamento 17/62 establecía que la determinación de la cuantía de una multa dependía de la gravedad de la infracción y de la duración de la misma. El Reglamento 1/2003⁴ ha mantenido la misma redacción⁵. Ambos reglamentos limitan la cuantía máxima de una multa al 10% de la facturación total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior⁶.

Durante años, la Comisión se limitó a aplicar en sus decisiones los requisitos del apartado segundo del artículo 15 del Reglamento 17/62.

En general, la multa se calculaba aplicando un porcentaje a las ventas en el mercado afectado. También se solían tener en cuenta elementos de todo tipo, relevantes a la vista de las circunstancias de cada caso. Por supuesto, la multa siempre era inferior al límite del 10% de la facturación total.

A medida que la Comisión fue endureciendo progresivamente las multas, tanto el Tribunal de Justicia como las empresas multadas exigieron una mayor transparencia y objetividad en el cálculo por parte de la Comisión.

Las directrices de 1998⁷ representan un intento de alcanzar un equilibrio entre una mayor transparencia y objetividad en el cálculo de multas, y la discrecionalidad que el legislador dejó a la Comisión a la hora de calcularlas, siempre dentro del umbral máximo del 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras.

2.1.1. Contenido de las directrices

Según las directrices, la determinación del importe de una multa consta de varias etapas sucesivas.

2.1.1.1. La determinación de la gravedad de la infracción

En primer lugar, es preciso determinar un importe inicial que resulta de la gravedad intrínseca de la infracción. Ésta depende de tres parámetros: la naturaleza de la infracción, su ámbito geográfico y el impacto sobre el mercado afectado.

Las directrices definen tres intervalos no solapados de importes iniciales probables en función de la gravedad de la infracción: entre 1.000 y un millón de euros para infracciones substantivas leves; de 1 a 20 millones de euros para infracciones substantivas graves; y por encima de 20 millones de euros para infracciones substantivas muy graves.

La determinación del importe inicial dentro de cada categoría tiene bastante de discrecional. Ahora bien, lo normal es que exista algún tipo de relación, más o menos estricta, con el tamaño del mercado afectado, medido como la suma de la facturación de todas las empresas activas en el mismo.

⁴ Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOCE nº L1/1 de 4 de enero de 2003. En adelante, “el Reglamento 1/2003”.

⁵ Apartado tercero del artículo 23.

⁶ La posibilidad de aplicar una multa de hasta el 10% de la facturación no se limita exclusivamente a las comisión de infracciones de los artículos 81 y 82 del tratado, sino que incluye también el incumplimiento de una decisión de medidas cautelares o de una condición incluida en una decisión de compromisos de las previstas en el artículo 9 del Reglamento 1/2003.

⁷ Doce nº C9/3 de 14/1/98.