

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)35

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

09-Oct-2017

Spanish - Or. English

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

DAF/COMP/LACF(2017)35
Unclassified

**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 Portugal --

4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Portugal 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].

JT03420359

This document, as well as any data and 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.

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 DE PORTUGAL --

1. La aplicación de la ley contra los cárteles es una de las prioridades principales de la Autoridad de Competencia (AdC) portuguesa, pues se considera que los cárteles constituyen una de las infracciones más graves en materia de competencia.

2. En virtud de la Ley de Competencia de Portugal¹ y de la normativa de la UE en la materia, la creación de cárteles se considera una infracción por su propia naturaleza, y por tanto no es necesario demostrar sus posibles efectos para determinar que existe una infracción de la legislación sobre competencia. No obstante, puede tenerse en cuenta el daño ocasionado, por ejemplo, a la hora de fijar las multas a los participantes en el cártel.

1. Marco jurídico por el que se rigen las multas en Portugal

3. La AdC puede imponer multas a empresas y a personas físicas que infringen la Ley de Competencia de Portugal². Asimismo, puede imponer sanciones complementarias cuando la gravedad de la infracción y la culpa del infractor lo justifican. Las multas y las sanciones complementarias son de carácter administrativo.

4. La finalidad de las multas es sancionar a los infractores y disuadirles de ulteriores conductas infractoras, actuando también como elemento disuasorio para el público en general respecto del incumplimiento de las normas de competencia. Por tanto, ambos factores, sanción y disuasión, intervienen de manera decisiva en el momento de establecer las multas. No obstante, como explicaremos a continuación, el daño desempeña en cualquier caso un papel menor en la aplicación de la normativa contra los cárteles en Portugal.

¹ Ley de Competencia de Portugal, Ley nº 19/2012, de 8 de mayo.

² Artículo 68 de la Ley de Competencia de Portugal.

5. De acuerdo con la Ley de Competencia de Portugal, la AdC puede imponer una multa de hasta el 10% del volumen total de negocio obtenido por la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior a la resolución de la AdC³. Es posible también imponer multas a los administradores y consejeros de las empresas participantes, y en estos casos el límite es también del 10% de su retribución⁴.

6. La Ley de Competencia de Portugal enumera igualmente los principales criterios para fijar la cuantía de las multas. Dentro de los límites que establece la Ley de Competencia, la AdC dispone de un considerable margen de discrecionalidad a la hora de imponer una multa; en cualquier caso, los infractores pueden recurrir ante los tribunales estas decisiones sancionadoras de la AdC.

7. En beneficio de la transparencia, la imparcialidad y la seguridad jurídica de sus resoluciones, e igualmente para impulsar el efecto disuasorio de las multas impuestas por ella, la AdC adoptó en diciembre de 2012, a continuación de la entrada en vigor de la Ley de Competencia de ese mismo año, las directrices por las que se rige la fijación de sus multas (las Directrices). Estas Directrices se atienen fielmente a la práctica de la Comisión Europea en la materia.

2. Papel que desempeña el daño en la fijación de las multas

8. La Ley de Competencia de Portugal establece el límite máximo de las multas y enumera una serie de factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar su cuantía. Los principales factores son: (i) la gravedad y (ii) la duración de la infracción; (iii) la naturaleza y volumen del mercado afectado; (iv) el nivel de participación de la empresa en la infracción; (v) el beneficio obtenido gracias a la infracción; (vi) si la empresa ha cesado en su comportamiento infractor y ha indemnizado los perjuicios causados; (vii) la situación económica y financiera de la empresa; (viii) si la empresa es reincidente; (ix) el grado de colaboración con la AdC a lo largo de la investigación. Este listado no es exhaustivo, por lo que la AdC puede tener en cuenta otros factores para establecer la cuantía de las multas.

9. Las Directrices establecen un método basado en tres pasos para la fijación de las multas por la AdC. En primer lugar, se establece el importe de base de la multa aplicable a cada empresa participante. A continuación, se ajusta esa base teniendo en cuenta las circunstancias agravantes o atenuantes concretas. Y en tercer lugar, la AdC tiene la potestad de revisar esa cuantía ajustada tanto al alza como a la baja, atendiendo a criterios específicos de proporcionalidad y/o para fines disuasorios.

10. El importe de base se establece en función del valor de venta de las mercancías (o servicios) afectados por la infracción. En aquellos casos en que las cifras disponibles no son lo bastante fiables o en que las ventas afectadas por la infracción no guardan una proporción con el efecto económico causado, la AdC puede tener en cuenta el volumen total de negocio (sin perjuicio del límite legal establecido para las multas). Dependiendo de la gravedad de la infracción, la AdC establece un porcentaje (de hasta el 30%) del valor de las ventas que deben tenerse en cuenta. Este porcentaje se multiplica a continuación por el número de años durante los cuales la empresa ha participado en la infracción, y de este modo se obtiene el importe de base.

11. El importe de base se ajustará al alza o la baja en función de las circunstancias agravantes o atenuantes.

12. Entre las circunstancias agravantes, la AdC suele tener en cuenta las siguientes: (i) reincidencia, (ii) el hecho de desempeñar un papel dirigente o de instigador del cártel, lo que incluye la adopción de medidas encaminadas a forzar a otras empresas a participar en la conducta infractora, u obligar mediante represalias a poner en marcha las prácticas contrarias a la competencia; o (iii) la negativa a colaborar con, o

³ Artículo 69 (2) y (4) de la Ley de Competencia de Portugal.

⁴ Artículos 69 (4) y 73(6) de la Ley de Competencia de Portugal.

la obstrucción a la acción de, las investigaciones de la AdC. Todos estos factores tienen que ver con el comportamiento, no influyendo de ninguna manera en esta fase el daño causado.

13. Como circunstancias atenuantes, la AdC tiene en cuenta las siguientes: (i) el hecho de que la conducta haya sido autorizada o fomentada por acción de las autoridades públicas o en aplicación de las leyes; (ii) que se demuestre que la implicación de la empresa ha sido bastante limitada y que, aunque ha participado en la conducta infractora, ha evitado su puesta en práctica observando una conducta competitiva; (iii) la adopción por la empresa de cualesquiera medidas encaminadas al cese de la conducta y a la indemnización de los daños causados; o (iv) la colaboración con la AdC durante las investigaciones realizadas por ésta (salvo en el marco del Programa de Clemencia). En la evaluación de las circunstancias atenuantes, el factor relativo al daño es la potencial indemnización de los perjuicios causados, factor que puede tenerse en cuenta.

14. El tercer paso de este proceso es la potestad de revisar al alza el importe ajustado, bien con fines disuasorios o en aquellos casos en que la empresa cuente con un poder de mercado considerable y notables recursos financieros, o si es necesario para superar la cifra de beneficio obtenido indebidamente⁵ a través de la conducta infractora, y/o si el mercado afectado es de una especial relevancia económica.

15. En sentido contrario, la AdC puede también revisar a la baja el importe ajustado con el fin de actuar con proporcionalidad cuando la actividad principal de la empresa se desarrolla precisamente en el mercado afectado.

16. En definitiva, se puede apreciar que, a la hora de establecer la cuantía de las multas, la metodología no se fundamenta en la estimación del daño real causado, no obstante lo cual el daño es un factor que puede tenerse en cuenta. En el paso dos, el daño se tiene en cuenta de una manera limitada como factor atenuante si se indemniza, mientras que en el paso tres es posible tener en cuenta el daño si, por ejemplo, la multa es notablemente inferior al beneficio indebidamente obtenido.

3. Casos de creación de cárteles en los que se ha calculado el daño

17. Como puede observarse en lo dicho anteriormente, el cálculo del daño no es uno de los factores principales a la hora de determinar que se ha producido una infracción de la normativa en materia de cárteles, como tampoco lo es para fijar la multa. En la práctica, la AdC únicamente ha tenido en cuenta hasta ahora el daño causado en tres ocasiones de un total de 25 investigaciones ya concluidas o actualmente en marcha.

18. En 2009, la AdC calculó el beneficio global obtenido por las cinco empresas participantes en un cártel de gestión y explotación de cafeterías, cantinas y restaurantes de colegios y hospitales. El beneficio estimado ascendía a 172,6 millones de EUR.

19. Para establecer si se habían producido beneficios indebidos, la AdC analizó la situación del mercado durante el período en que operó el cártel y la comparó con los períodos anterior y posterior, tratando de encontrar las ventajas económicas.

20. La AdC tuvo en cuenta todos los segmentos comprendidos en el ámbito de la gestión y explotación de cafeterías, cantinas y restaurantes (empresas, educación, sanidad, prisiones, etc.), así como la totalidad de clientes de ese mercado, el margen comercial de las empresas participantes, el alcance territorial del acuerdo y, finalmente, su período de duración, entre los años 1997 y 2004.

⁵ Considerando 37 de las Directrices.

21. Se demostró la existencia de beneficios de la actuación como cártel tanto en la cuota de mercado como a nivel del margen comercial total y en el margen comercial por servicio de comida, en todas las empresas participantes en el cártel.
22. El cálculo de los beneficios se llevó a cabo exclusivamente con el fin de fijar las multas, pues se consideró la formación de un cártel como una infracción en sí misma.
23. En 2006, la AdC tuvo en cuenta los beneficios obtenidos por los participantes en un cártel de la sal para calcular las multas, que ascendieron a un total de 918.700 EUR. Las partes habían establecido cuotas y precios mínimos para la venta al por mayor de sal para fines industriales y alimentarios.
24. La cuantificación del perjuicio requirió una comparación entre la actuación de las empresas constituidas en cártel y en un mercado hipotéticamente competitivo.
25. En este caso, las pruebas permitieron calcular de una manera sencilla e intuitiva el valor mínimo del beneficio económico obtenido por las partes infractoras constituidas en cártel.
26. Las empresas se aseguraron, mediante el acuerdo, de que se pagaran compensaciones. El plan de compensaciones entre los miembros del cártel les obligaba a que, al final de cada año, las empresas cuya cifra anual de ventas sobrepasara sus cuotas asignadas abonaran una compensación a las que vendían por debajo de esas cuotas. La AdC concluyó, por tanto, que el beneficio obtenido a través del cártel al menos igualaba a la compensación que cada empresa estaba obligada a pagar.
27. En una resolución de 2005 contra un total de cinco empresas farmacéuticas que formaron un cártel sobre los reactivos para la medición de la glucosa en sangre en establecimientos hospitalarios, la AdC calculó que el perjuicio causado al sector hospitalario en los años 2002 y 2003 ascendió a 3,2 millones de EUR, y el ocasionado al sector farmacéutico fue de 10,4 millones de EUR. Este caso afectaba a 36 procedimientos de licitación correspondientes a 22 hospitales de Portugal en 2005. La multa ascendió a 15,8 millones de EUR.
28. Para el análisis del perjuicio económico causado por el cártel se tomaron como muestra 90 procedimientos públicos celebrados entre los años 2000 y 2004, que cubrían un total de 24 hospitales de 12 distritos de Portugal. Se estableció que el perjuicio era la diferencia entre el valor global de las transacciones consideradas y el valor que habrían tenido en ausencia del cártel, teniendo en cuenta los precios anteriores y simultáneos a la existencia del acuerdo ilícito. La AdC tuvo en cuenta igualmente la incidencia del cártel en la norma que establece en vía administrativa los precios dentro del sector farmacéutico.
29. Aunque la resolución de la AdC fue confirmada por los tribunales, el órgano judicial competente consideró que no quedaban demostrados suficientemente ni el nivel de los precios en ausencia de cártel ni la incidencia del cártel sobre los precios establecidos para los productos vendidos en farmacia, con lo que desestimó la estimación del daño/beneficio económico.

4. Aplicación privada de las normas

30. La Directiva Europea sobre aplicación privada de las normas antimonopolio (“Directiva de daños”)⁶ de 26 de noviembre de 2014 tiene por objeto eliminar las barreras legales a la compensación efectiva. La Directiva de daños pretende también mejorar la interacción entre la aplicación privada de las

⁶ Directiva 2014/104/UE.

normas de competencia de la UE y su aplicación pública a cargo de la Comisión y de las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros.

31. La Directiva va acompañada de una comunicación y de una guía práctica de la Comisión Europea sobre la cuantificación del daño, dirigida a los órganos judiciales nacionales para los casos de demandas de indemnización por daños y perjuicios por infracción de la legislación antimonopolio⁷.

32. Portugal está actualmente en fase de trasposición a su legislación nacional de esta Directiva, por lo que no cuenta aún con una experiencia práctica en su aplicación.

33. Tras celebrar consultas públicas, la AdC presentó un proyecto de propuesta legislativa que el gobierno portugués está revisando actualmente. El borrador, elaborado por la AdC, prevé que el pago de indemnizaciones a las partes perjudicadas tras un acuerdo judicial puede tenerse en cuenta a la hora de fijar la cuantía de las multas. El artículo 17 (apartado 2) de la Directiva de daños establece la presunción de que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios, presunción que también se incluyó en el borrador de propuesta legislativa de la AdC⁸.

5. Observaciones finales

34. De acuerdo con la experiencia de la AdC, sólo en raras ocasiones se realiza una estimación del daño en casos de establecimiento de cárteles, conducta que se considera infracción por su propia naturaleza.

35. La política de multas de la AdC tiene un fin disuasorio y sancionador. La orientación hacia la cuota de mercado en el mercado afectado, con adaptaciones, logra en la mayoría de los casos un resultado satisfactorio. El daño causado es un factor que puede tenerse en cuenta en el momento de fijar las multas en procedimientos contra los cárteles, pero en la práctica se ha aplicado en un escaso número de ocasiones.

⁷ Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html

⁸ Art. 9, apartado 1.