La Responsabilidad Individual de Directivos bajo el Derecho de la Competencia

Pedro Callol Barcelona, 17 de julio de 2015

Contenido

- ¿Por qué sanciones individuales?
- Experiencia comparada
- Regulación actual
- Experiencia bajo la Ley 16/1989
- Experiencia bajo la Ley 15/2007
- Actuaciones CNMC
- El futuro inmediato
- El futuro ¿hacia la criminalización del Derecho de la competencia?

¿Por qué?

- Las autoridades de Defensa de la Competencia despliegan una considerable actividad en ámbitos tales como:
 - Actividad en materia anticartel
 - Restricciones verticales
 - Conductas unilaterales
 - Gun-jumping
- Elevadas sanciones administrativas (productos derivados (1.7B);
 Microsoft (1.2B); Operadores móviles (120m), Navieras (90m)
- Riesgo de acciones por daños y perjuicios
- Pese a todo: puede existir una percepción de que todo lo anterior no es suficiente. Nivel sanciones por ejemplo
- El mayor efecto disuasorio puede producirse cuando desaparece la protección societaria/limitación de responsabilidad

Experiencia Comparada

- Polonia: miembros de Consejo y directivos cuyas acciones u omisiones hayan
 llevado a una infracción de Derecho de la competencia: 500.000 euros
- Alemania: hasta un millón en circunstancias de participación con grado de dolo y 500.000 euros por actuaciones negligentes
- México (circa EURO 1 M), China, Reino Unido...
- En Reino Unido se regulan también las Competition Disqualification Orders que pueden ser emitidas por la Autoridad de Competencia y suponen una inhabilitación de la persona responsable como Director de la compañía
- Bélgica: sanción administrativa a aquellos que hayan intervenido en el procedimiento. Multa de hasta un 1% del volumen de ventas obtenido por la infracción
- Países bajos: Multas en individuos que hayan dado instrucciones o bajo cuya dirección se haya dado una violación de la ley de la Competencia. El máximo de esta puede llegar a 450.000€, se valoraran las rentas y el patrimonio del infractor

Regulación actual: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

- Reglamento CE 1/2003 no establece armonización en materia sancionadora. Estados miembros libres de introducir sanciones administrativas u otras a individuos
- Además de las sanciones previstas con carácter general en el art. 63 cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión
- Ley 16/1989 ya contenía previsión de sanciones a directivos por hasta 30.000 euros

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (ii)

- Componente subjetivo: (i) representantes legales; (ii) integrantes de órganos directivos
- Componente objetivo: que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. La escasa práctica existente exige que el individuo sancionado haya jugado un papel clave en la instrumentación de la práctica anticompetitiva
- Exclusión de responsabilidad para aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados responsables, no hubieran asistido a la reunión o hubieran votado en contra o salvado su voto

Precedentes bajo la Ley 16/1989, de 17 de julio

CASOS	AÑO	ACCIÓN	SUJETO	SANCIÓN
Boutiques Pan Asturias Exp. 320/92	1993	Se acredita participación activa y significativa	Secretario de asociación profesional	200.000 Pta.
Faconauto Exp. 322/92	1993	Por recomendación colectiva	Presidente de asociación profesional	100.000 Pta.
Ortodoncistas Castilla y León	1996	Bid-rigging	Tres miembros de asociación profesional	100.000 Pta.
Lencería Gijón 359/99	1996	Recomendación colectiva	Dos presidentes de asociaciones profesionales	100.000/50.000 Pta.

Precedentes bajo la Ley 16/1989, de 17 de julio

CASOS	AÑO	ACCIÓN	SUJETO	SANCIÓN
Asentadores de Pescado Exp. 378/96	1996	Decisión de adopción acuerdo anticompetitivo	Presidente	1M Pta
Taxis BCN Exp. 452/99	2000	Decisión limitación capacidad	Imputados actúan a título personal sin capacidad de representación	No sanción/no acreditado "protagonismo especial"
Feriantes de Huesca Exp. 503/00	2001	Recomendación	Dos Presidentes	1200€ ambos
Excursiones Puerto Sóller Exp. 611/06	2007	Adjudicación	Presidente	6000€

de 3 de julio

Resolución de 26 de septiembre de 2012, exp. S/0335/11, CEOE. Joan Gaspart, Presidente de HUSA (hoteles) y miembro del Comité Directivo de CEOE:

– Qué espera para el año 2011?: "Ante el riesgo de que pueda haber en la sala alguien de competencia que me pueda abrir un expediente, subir los precios, subir los precios." "Yo creo que España en estos momentos está muy por debajo de los precios que los hoteles ... se merece(n) por la calidad de los negocios." En el 2011 hay muchos hoteles (...) que tienen unos precios (...) por debajo de un 20% del 2007 (...) llega un momento en que hay que decir alto en el camino, el precio es muy importante, hay que cobrar lo que hay que cobrar por el servicio que estamos dando" (...) "Entonces, yo espero que en el año 2011 ese miedo que hemos tenido en este 2010 y 2009 se vaya perdiendo, no nos pasemos, pero sigamos poniendo los precios adecuados a los productos que estamos vendiendo y eso indudablemente mejorará lo que las empresas necesitan que son las cuentas de explotación"

Precedentes bajo la Ley 15/2007 (ii)

"Yo creo que en España hay ciudades importantes que todavía tenemos un margen, vuelvo a repetir que si hay alguien de competencia: expediente al canto, para subir los precios.

Por tanto pienso que... eh... hombre si hablase de subir un 50%, efectivamente tendríais razón. Pero cuando uno piensa que cualquier aumento que se haga es directamente beneficio, puesto que los gastos ahí están controlados [...]. Yo creo que uno de los grandes temas que las hosteleras españolas tenemos que afrontar en 2011 es perder un poco el miedo y poner unos precios adecuados a lo que vendemos, sin, os doy la razón, sin pasarnos para tampoco asustar, pero que estén en comparación a otros mercados que tienen precios muy superiores a los nuestros" (publicado 19 enero 2011)

Énfasis es nuestro.

50.000 Euros sanción. SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª, de 15 octubre 2013, estimatoria. No en calidad de miembro de asociación (CEOE) sino en calidad de Presidente Grupo HUSA. Además no es una llamada al sector, sino respuesta a pregunta de qué puede suceder a futuro en el sector

La CNMC ante esta cuestión

Comparecencia del Presidente de la CNMC, D. José María Martín Quemada, ante la Comisión de Economía y Competitividad del Senado, Diario de Sesiones Núm. 444, de 22 abril 2015:

"... la capacidad disuasoria del sistema sancionador puede apoyarse – y esta es una vía que queremos potenciar- acudiendo a lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley de defensa de la competencia, que prevé multas de hasta 60.000 euros a los directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión prohibida; cuestión nueva que quería compartir como primicia con sus señorías."

(Énfasis es nuestro).

El Futuro Inmediato

- Por lo que se ve, existe voluntad de aplicar este tipo de sanciones por la CNMC
- ¿Modificación legislativa? Quizás con doble objeto en el terreno sanciones
 - Facilitar la tarea de las Autoridades e introducir criterios de graduación de las sanciones a raíz de la reciente jurisprudencia del TS
 - Mejorar los instrumentos sancionadores individuales
- Responsabilidad de administradores
- La criminalización del Derecho de la competencia

¿Hacia la criminalización del Derecho de la Competencia?

- Literatura económica y experiencia indican que el mejor/mayor factor disuasorio puede ser la amenaza de prisión física (USA). Pero hay otras opiniones (Suecia)
- Estados Unidos: DOJ persigue este tipo de asuntos como infracción del Derecho penal desde los años 60 y en la práctica ejecutivos van a la cárcel (45 sentencias de cárcel en 2012 con una condena media de algo más de dos años de prisión). 1M US\$/10 años
- Antiguo representante del DOJ, Scott Hammond: Cartels have no legitimate purpose and serve only to rob consumers of the tangible blessings of competition [...] participation in a cartel is viewed as a property crime, akin to burglary or larceny, and it is properly treated accordingly
- Reino Unido: tres casos. El último en relación con los tanques de acero usados para el almacenamiento de agua. Casos previos Marine Hoses y ejecutivos de British Airways que al final no fueron a prisión. Cinco años prisión/quince años inhabilitación
- Francia: Toda persona física que tome parte de forma fraudulenta, personal y que sea determinante. Puede ser castigada con pena de hasta cuatro años de prisión y 75.000€
- Canadá, Japón, Mexico, Estonia, Noruega, Dinamarca, Irlanda, Eslovaquia, Eslovenia, Israel, Grecia, Sudafrica, Colombia, Alemania, Austria
- En Europa en general se exige un plus de antijuridicidad. Poca aplicación

¿Criminalizacion?

- Acción penal artículo 262 del CP: 1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años
- Hay algunos casos concretos. ¿Coordinación entre, por ejemplo, la Fiscalía y la propia CNMC?
- Argumentos por pero también en contra: en algún país ha habido debate y se ha concluido que la introducción de sanciones penales a directivos podría afectar negativamente al programa de clemencia y por tanto a la eficacia de la lucha anticartel. Clemencia en el terreno penal

Deberes de los administradores (artículos 225, 226, 227 y ss LSC)

- Dos deberes básicos:
 - Deber de diligencia

Consta de dos partes:

- Con la diligencia de un ordenado empresario
- En relación a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas

Condicionada por:

- El administrador debe actuar con información suficiente
- Actuar en el marco de un procedimiento de decisión adecuado
- Debe actuar con buena fe sin interés personal

Deber de lealtad o fidelidad:

- Actuar con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad
- Entre otras: deber de secreto, deber de evitar conflicto de interés; prohibición de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad

Régimen de responsabilidad de los administradores

- Requisitos generales: Causación de un daño (sociedad o terceros); acción u omisión; nexo causal; con dolo o culpa
- Responsabilidad solidaria miembros del órgano administración
- Acciones: (i) Social de responsabilidad (art. 238 LSC); (ii) Acción andividual de responsabilidad (art. 241 LSC)
- Se pueden reclamar acciones de daños y perjucios (civil) por terceros a la sociedad (STS de 7 de noviembre de 2013, cártel del azucar)
- La sociedad por su parte puede entablar la acción social (por la sociedad) o en el caso de los socios o terceros, la acción individual de responsabilidad:
 - Serán responsables si incurren en falta de alguno de los deberes de los administradores recogidos en la LSC
 - Daños y perjuicios ocasionados

Pedro Callol

Pedro.Callol@CallolCoca.com