

DIRECTRICES COMINROC PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(Aprobadas en Comité Ejecutivo de COMINROC en sesión del 24 de Octubre de 2013)

1. Introducción
2. Resumen de la normativa aplicable
3. Descripción de actividades prohibidas por el artículo 1 LDC en relación con asociaciones de empresas.
4. Especial referencia a determinadas actividades concretas
5. Responsabilidad de los Directivos y Representantes de COMINROC

1. INTRODUCCIÓN

Las organizaciones empresariales, como la Confederación Española de Industrias Extractivas de Rocas y Minerales Industriales (COMINROC), persiguen objetivos legítimos y proporcionan un valioso servicio a las entidades asociadas, al representar y promover sus intereses comunes ante la Administración, grupos políticos y sociales y ante la sociedad, elaborar estudios de mercado y estadísticos, informes de coyuntura y realizar un seguimiento de cuestiones industriales de actualidad. Dichas actividades no plantean objeciones desde la perspectiva del Derecho de la competencia, al no estar relacionadas con la conducta de los asociados en el mercado. Las organizaciones empresariales también sirven al interés público, al facilitar a los diversos agentes políticos, sociales y económicos la interlocución con el sector.

Sin embargo, las asociaciones sectoriales están integradas por empresas competidoras entre sí, por lo que existe el riesgo de que sean utilizadas por los asociados como foro para coordinar sus respectivos comportamientos comerciales. Esta coordinación resultaría contraria a la normativa española de defensa de la competencia y, en su caso, a la comunitaria. COMINROC está comprometida con el cumplimiento de la normativa española y comunitaria de defensa de la competencia. Las actividades de COMINROC no deben, bajo ningún concepto, dar lugar a una restricción o falseamiento de la competencia entre las organizaciones asociadas; en concreto, las reuniones de asociados convocadas o promovidas por COMINROC no deben ser utilizadas por aquéllos para discutir o coordinar su comportamiento comercial en el mercado ni para intercambiar información individual y comercialmente sensible. En suma, la plataforma ofrecida por COMINROC a sus asociados no debe ser empleada por éstos para llevar a cabo actividades prohibidas por el Derecho de la competencia. Estas Directrices están dirigidas a todas las personas involucradas en las actividades de COMINROC, tanto los miembros de su plantilla profesional, como a los órganos de gobierno unipersonales, a los miembros de los órganos de gobierno colegiados y a los de cualquier comisión o grupo de trabajo que se pudiesen constituir.

2. RESUMEN DE LA NORMATIVA APLICABLE

2.1. ACUERDOS PROHIBIDOS

La norma española aplicable a partir del 1 de septiembre de 2007 es la ley 15/2007, de 3 de julio (la "LDC"), que ha sustituido a la hasta ahora vigente ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia¹. También son aplicables las normas comunitarias en caso de que la conducta en cuestión sea susceptible de afectar de manera apreciable el comercio entre Estados miembros de la Unión Europea².

El artículo 1 LDC prohíbe **"todo acuerdo, decisión o recomendación colectivo, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional"**.

Este artículo prohíbe una amplia tipología de acuerdos como, por ejemplo, los relativos al boicot

¹ Estas directrices se refieren, salvo indicación en contrario, a la nueva LDC. No obstante las normas sustantivas relevantes para COMINROC y sus asociados son virtualmente idénticas a las contenidas en la Ley de 1989.

² Las presentes Directrices se centran en las normas españolas.

colectivo a otras empresas, a la fijación de precios, al reparto de mercados o clientes, a la limitación de la producción o la distribución, a la fijación de condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, a ciertos intercambios de información sensible entre competidores o a la participación coordinada en concursos públicos. La prohibición puede aplicarse tanto a acuerdos entre competidores (horizontales) como entre no competidores.

2.2. ACUERDOS RESTRICTIVOS ILÍCITOS

4 Vod. Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997.

2.2.1. Acuerdos "de menor importancia"

Según el artículo 5 LDC, las conductas restrictivas que, por su menor importancia, no sean susceptibles de afectar apreciablemente la competencia en el mercado están exentas de la prohibición. El concepto "menor importancia" no se define en la ley, sino que ésta se remite al Reglamento de desarrollo correspondiente (RD 261/2008), en su Artº. 1º. En todo caso, los precedentes españoles y comunitarios señalan que la consideración de una conducta como de "menor importancia" consiste en su escasa trascendencia para el mercado en términos de aptitud para restringir la competencia. Esta idea genérica suele concretarse, por un lado, en la fijación de un determinado umbral de cuota de mercado conjunta de las empresas afectadas por debajo de la cual se entenderá que los acuerdos son de "menor importancia" (y, por tanto, no estarían prohibidos), y, por otro, en la identificación de algunas restricciones especialmente graves cuya presencia elimina toda posibilidad de considerar un acuerdo como de "menor importancia".

(i) Umbral de cuota de mercado

La Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2001³ establece, en líneas generales, que se consideran "de menor importancia" los acuerdos entre empresas competidoras cuya cuota conjunta de mercado no supere el 10% y los acuerdos entre empresas no competidoras cuya cuota de mercado no supere el 15% en ninguno de los "mercados relevantes" afectados por el acuerdo. El "mercado relevante" es un concepto que ha sido precisado en los numerosos precedentes existentes y que no coincide necesariamente con el "mercado" desde el punto de vista de la actividad comercial de la empresa. La Comisión Europea define los mercados relevantes desde una doble óptica: o el mercado de producto, que comprende "la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos"; o el mercado geográfico, que integra **"la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográfica próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas"**.

En suma, la definición del "mercado relevante" pretende identificar las empresas que ejercen presión competitiva real entre sí.

(ii) Restricciones especialmente graves

Como ya se ha indicado, la existencia de algunas restricciones especialmente graves elimina la posibilidad de considerar un acuerdo como de "menor importancia". Estas restricciones son, para los acuerdos entre competidores, la fijación de precios de venta, la limitación de la producción o las ventas y el reparto de mercados o clientes.

Para los acuerdos entre no competidores las restricciones son, entre otras, limitar la libertad del distribuidor para determinar el precio de venta y restringir el territorio o los clientes a los que el distribuidor puede vender (a excepción de las ventas activas).

2.2.2. Acuerdos conformes al artículo 1.3 LDC

Tampoco estarán prohibidos los acuerdos que, siendo restrictivos, contribuyan a mejorar la producción

³ El Reglamento de desarrollo de la LDC sigue en gran medida lo establecido en esta Comunicación.

o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, en la medida en que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de estas ventajas, no impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos y no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados (artículo 1.3 LDC).

Bajo la nueva LDC, serán las propias empresas, junto a sus asesores, las que habrán de evaluar si los acuerdos que celebren cumplen los requisitos del artículo 1.3 y, por tanto, resultan lícitos. A tal efecto existen diversos Reglamentos y Comunicaciones de la Comisión Europea sobre acuerdos específicos (I + D, especialización, transferencia de tecnología, etc.) y genéricos, como la Guía de la Comisión Nacional de Competencia sobre Asociaciones empresariales o sobre Normalización.

2.3. Aplicación de las normas a asociaciones de empresas

La prohibición recogida en el artículo 1 LDC se aplica tanto a las empresas como a las asociaciones de empresas. La norma prohíbe expresamente las decisiones y recomendaciones colectivas que sean restrictivas de la competencia; la noción "decisiones y recomendaciones colectivas" se refiere a las directrices y acuerdos emanados de las asociaciones sectoriales, con independencia de que sean o no vinculantes para los asociados. En general, el artículo 1 prohíbe cualquier decisión o recomendación adoptada por una asociación de empresas que sea susceptible de influir sobre la actuación comercial de sus asociados.

Existen numerosos precedentes en los que las autoridades españolas han sancionado a asociaciones empresariales por dirigir a sus asociados recomendaciones colectivas relativas, entre otras materias, a la fijación de precios (Resolución de 13 de febrero de 2004, Empresas Cárnicas), a boicotear la participación de un tercero en una feria comercial (Resolución de 28 de diciembre de 2006, Asturvivienda) o a la adopción de determinados estándares de producción (Resolución de 7 de marzo de 2005, Fabricantes de Cartón-2).

Finalmente, la vulneración del artículo 1 LDC puede resultar no sólo de acuerdos entre empresas, o de decisiones y recomendaciones colectivas de asociaciones, sino también de "prácticas concertadas". Se trata de una forma de coordinación entre empresas competidoras que, sin suponer un acuerdo propiamente dicho, implica "de facto" una cooperación entre ellas.

La existencia de una práctica concertada requiere un comportamiento paralelo entre competidores y un mecanismo de contacto o coordinación previo. La asistencia de las empresas a las reuniones de la asociación sectorial a la que pertenecen puede satisfacer este requisito, en especial si la conducta paralela comienza a detectarse tras la celebración de la reunión. Las formas de la concertación pueden ser muy variadas como pone de manifiesto la diversidad de decisiones existentes a este respecto tanto en el ámbito español como en el comunitario.

2.4. Sanciones

Las infracciones de la LDC pueden dar lugar a la imposición de multas de elevado importe a las empresas o asociaciones empresariales autoras.

La nueva Ley gradúa las infracciones en función de su gravedad:

- a) infracciones leves (entre otras, las relativas a cuestiones relacionadas con el deber de colaboración con la autoridad de competencia o de notificación de operaciones de concentración): multa de hasta el 1% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio anterior al de la Imposición de la multa;
- b) Infracciones graves (entre otras, los acuerdos y demás conductas prohibidas señaladas anteriormente entre empresas que no sean competidoras): multa de hasta el 5% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio anterior al de la Imposición de la multa; y
- c) infracciones muy graves (entre otras, los acuerdos y demás conductas prohibidas señaladas anteriormente entre empresas que sean competidoras); multa de hasta el 10% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio anterior al de imposición de la multa.

Cuando la autoridad lo considere indispensable para poner fin a la lesión de la competencia, podrá sancionar a los infractores mediante la imposición de condiciones estructurales (i.e. desinversiones de activos o de ramas de negocio).

También se contemplan sanciones de hasta 60.000 euros a determinadas personas físicas (p.ej. representantes legales o miembros de los órganos directivos de las empresas o asociaciones infractoras) que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. La Ley prevé expresamente que quedan excluidas de esta sanción las personas que no hubieran asistido a las reuniones en las que se alcanzaron los acuerdos o hubieran votado en contra o salvado su voto.

Por lo que se refiere a las asociaciones empresariales a las que se haya impuesto una multa por infracción de las normas de competencia pero no sean solventes, la LDC prevé que la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa.

Si los miembros se negaran a aportar dichas contribuciones en el plazo fijado, la autoridad podrá exigir el pago de la multa a cualquiera de los miembros cuyos representantes pertenezcan a los órganos de gobierno de la asociación. Sin embargo, no podrá exigirse este pago a aquellos miembros que demuestren que:

- no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción,
- ignoraban su existencia, o
- se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso.

Por último, cabe recordar que los acuerdos, decisiones o recomendaciones contrarios a la normativa de defensa de la competencia son nulos de pleno derecho, por lo que no podrá exigirse su cumplimiento. Además, la vulneración de dicha normativa permite que los terceros que hayan sufrido pérdidas económicas o perjuicios como resultado del acuerdo o decisión ilegal reclamen judicialmente la correspondiente indemnización por el daño causado.

2.5. Programa de exención o reducción de multas (clemencia)

Los programas de exención o reducción de multas (programas de clemencia) consisten en que la autoridad de defensa de la competencia garantiza a la empresa miembro de un cartel la exención o reducción de multas a cambio de su colaboración mediante la aportación de información y documentación que permita a la autoridad declarar la infracción correspondiente o llevar a cabo una inspección. La LDC introduce estos programas en el sistema español de defensa de la competencia, que entran en funcionamiento al aprobarse el Reglamento de desarrollo correspondiente en el RD citado. La Ley prevé dos supuestos: la exención y la reducción de la multa. Podrá beneficiarse de exención en la multa la primera empresa participante de un cartel que:

- Aporte elementos de prueba suficientes para ordenar una inspección, o
- Aporte elementos de prueba que permitan comprobar la existencia de una infracción

En ambos casos, la exención se concederá siempre y cuando la autoridad no disponga ya de elementos suficientes, en un caso, para ordenar la inspección y, en el otro, para declarar la infracción. Adicionalmente, la Ley exige de la empresa que quiera beneficiarse de la exención el cumplimiento de una serie de requisitos.

- Cooperación plena, continua y diligente a lo largo de todo el procedimiento administrativo,
- Poner fin a la participación en el cartel salvo que la autoridad de competencia le indique lo contrario,
- No haber destruido elementos de prueba,
- No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en el cartel.

En caso de no ser la primera empresa en aportar estos elementos de prueba, o que la autoridad ya dispusiera de información suficiente para llevar a cabo una inspección o declarar una infracción, las empresas participantes en un cartel podrán solicitar la reducción de la multa aportando la información y documentación que tengan a su disposición y que supongan un valor añadido significativo respecto a los elementos de los que ya disponga la autoridad. Las reducciones serán de entre el 30% y el 50% para la primera de estas empresas; de entre el 20% y el 30% para la segunda, y hasta del 20% para las empresas siguientes.

3. DESCRIPCIÓN DE ACTIVIDADES PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 1 LDC EN RELACIÓN CON ASOCIACIONES DE EMPRESAS

3.1. Actividades de la asociación

Determinadas conductas y prácticas de una asociación sectorial pueden dar lugar a infracciones de la LDC, tales como:

- La adopción de decisiones y recomendaciones dirigidas a los asociados y susceptibles de influir sobre la actuación comercial de éstos en materia, por ejemplo, de precios, cuotas de producción, estándares técnicos, participaciones en ferias comerciales, exportaciones, etc.
- En determinados supuestos, la adopción y puesta en práctica de sistemas de intercambio de información estadística entre los asociados (vid. infra apartado 4.1) que puedan dar lugar a una cierta homogeneización de sus políticas comerciales.
- La promoción del intercambio entre los asociados de información comercial sensible, por ejemplo en materia de precios, clientes, costes, planes de inversión o de reducción de capacidad.
- El apoyo o cobertura de eventuales infracciones de la normativa de defensa de la competencia cometidas por las empresas asociadas en el seno de la asociación (vid. Infra apartado 3. 2).

En todo caso, la mayoría de actividades de las asociaciones empresariales no conllevan efecto restrictivo alguno de la competencia como es, por ejemplo, el caso de la organización de ferias comerciales, la creación de canales de interlocución del sector con los distintos agentes de la sociedad, la defensa de los intereses sectoriales ante la Administración Pública, la promoción de estudios sectoriales o la búsqueda de una mejora de la imagen sectorial ante la sociedad.

En el caso de COMINROC, ninguna de las actividades que se recogen en sus Estatutos es restrictiva de la competencia: la difusión de información pública de sus asociados, la difusión de noticias de prensa relevantes del sector, la convocatoria de reuniones o eventos internacionales de interés para el sector o la publicación de estudios sectoriales con información histórica y agregada.

3.2. Actividades de los miembros

En principio, las organizaciones empresariales no son responsables de las infracciones de las normas de defensa de la competencia cometidas por sus asociados. Sin embargo, la Asociación no debe respaldar, coadyuvar o prestar cobertura a dichas conductas ilegales, pues de lo contrario podría, cometer ella misma una infracción autónoma. Las siguientes son infracciones que típicamente pueden cometerse por las empresas asociadas en el seno de una asociación empresarial o por asociaciones empresariales en el seno de una asociación:

- Acuerdos escritos o verbales en materia de precios (incluyendo listas de precios de referencia, precios netos o mínimos, componentes del precio tales como recargos o descuentos, etc.) o de otras condiciones comerciales a clientes (tales como plazos de entrega, condiciones de transporte, avales y garantías, condiciones de pago, etc.).
- Acuerdos escritos o verbales sobre reparto de mercados, clientes o productos.
- Intercambio de información comercial sensible, por ejemplo en materia de precios, clientes, costes, planes de inversión o de reducción de capacidad, etc.
- Anuncio anticipado de modificación de condiciones comerciales (por ejemplo, aumento de precios) antes de su materialización en el mercado.

Es decir, si cualquiera de estas conductas restrictivas de la competencia se llevara a cabo en el marco de las actividades de la Asociación o utilizando mecanismos provistos por ésta, la Asociación podría ser corresponsable, junto a las entidades asociadas implicadas, de la Infracción correspondiente.

4. ESPECIAL REFERENCIA A DETERMINADAS ACTIVIDADES CONCRETAS

Es habitual que las asociaciones sectoriales recopilen datos de sus asociados para la elaboración y distribución de estadísticas, así como que promuevan el seguimiento de las tendencias generales del sector. A continuación se examinan estas actividades bajo las normas españolas de defensa de la competencia.

4.1. Elaboración de estadísticas sectoriales

En general, el intercambio de información entre competidores resulta ilegal cuando incrementa artificialmente la transparencia del mercado y es susceptible de propiciar la subsiguiente alineación de la actuación comercial de aquéllos. De forma similar, la elaboración de estadísticas sectoriales por parte de una asociación de empresas sólo será contraria a las normas de defensa de la competencia si su

divulgación entre los asociados facilita la ulterior coordinación de sus respectivas actuaciones competitivas.

Es decir, el intercambio de información estadística no está prohibido en sí mismo, sino sólo en la medida que pueda ser un instrumento para la coordinación de políticas comerciales entre los asociados.

El criterio esencial del carácter restrictivo del intercambio de Información entre competidores reside en la naturaleza de la información. En general, se presume que el intercambio de información es restrictivo de la competencia cuando la información intercambiada entre los competidores reúne tres características:

- (i) confidencialidad (por ejemplo, no disponible en fuentes públicas fácilmente accesibles);
- (ii) sensibilidad comercial (por ejemplo, referida a variables tales como precios, costes, clientes, estrategia empresarial, lanzamiento de nuevos productos, inversiones previstas, previsiones de apertura de nuevos mercados, etc.); y
- (iii) carácter no histórico (por ejemplo, de menos de un año de antigüedad).

Resulta irrelevante a estos efectos que el Intercambio de información se lleve a cabo directamente entre las empresas competidoras o a través de la asociación sectorial.

Se desprende de lo anterior que la elaboración y divulgación por una organización empresarial de estadísticas sectoriales basadas en datos que no reúnan las tres características anteriores no resultará contraria a las normas de defensa de la competencia.

Pero incluso si las estadísticas sectoriales se nutren de información que cumpla las tres condiciones anteriores [i.e., confidencialidad, sensibilidad comercial y carácter no histórico), su elaboración y divulgación podría ser considerada por las autoridades como conforme con las normas de defensa de la competencia cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- La información estadística diseminada entre los asociados es de carácter agregado, de forma que no resulte posible identificar los datos correspondientes a empresas individuales. De forma similar, la asociación puede prestar a sus asociados un servicio de análisis comparativo o "benchmarking" (por ejemplo, comparación de las magnitudes individuales del asociado con un criterio general, como por ejemplo una media sectorial), siempre que dicho análisis no permita al asociado identificar magnitudes individuales de otros miembros de la asociación.
- Los asociados son libres de aportar o no la información.
- Las estadísticas no contienen proyecciones o previsiones de acontecimientos futuros.
- El sistema no impide que las estadísticas puedan, en determinadas circunstancias, distribuirse fuera de la asociación o, por ejemplo, que se publiquen en la página de Internet y se dé acceso público a la misma.
- El sistema utilizado contiene los mecanismos y cautelas necesarias para garantizar la confidencialidad, opacidad y estanqueidad de los datos individuales aportados por las empresas asociadas durante el proceso de recepción de la información y elaboración de la estadística, evitando que algún asociado pueda acceder a los datos individuales de otro asociado. Los empleados de COMINROC que tuvieran acceso a los datos estadísticos individuales de las empresas deberían tener suscrito un compromiso expreso de confidencialidad, en virtud del cual se obligan a no divulgar directa o indirectamente la información individualizada recibida de cada asociado.

4.2. Seguimiento de tendencias generales del sector

Una asociación puede promover lícitamente en su seno el seguimiento de las tendencias del sector, por ejemplo mediante la constitución de los correspondientes comités o grupos de trabajo.

Estas tendencias pueden incluir, por ejemplo, el descubrimiento de nuevas aplicaciones técnicas o industriales de los productos, la evolución futura del mercado basada en criterios objetivos (tales como las estimaciones del consumo real y aparente) o el desarrollo de las importaciones procedentes de terceros países.

Sin embargo, como se señalaba anteriormente, podría ser considerada como restrictiva de la competencia la elaboración de informes con previsiones futuras de precios o niveles de producción, es

decir, toda aquella información que pudiera facilitar la coordinación de políticas comerciales entre competidores.

Todos los estudios que lleva a cabo COMINROC se refieren a consumo real o aparente de productos de construcción según datos que son públicos o por los sectores o por las Administraciones Públicas, en volumen, estando expresamente excluido del alcance de los mismos los estudios sobre precios, salvo los que publica oficialmente el Ministerio de Fomento.

5. RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS Y REPRESENTANTES DE COMINROC

Los directivos y representantes de COMINROC deben prestar especial atención al estricto cumplimiento de las normas de defensa de la competencia durante las reuniones de asociados que se convoquen desde la Asociación. En particular, deben detectar de forma temprana cualquier discusión susceptible de implicar riesgos desde la perspectiva de dichas normas y reaccionar de inmediato mediante las observaciones apropiadas dirigidas a finalizar el eventual comportamiento irregular.

En caso de que ello no fuera posible, tanto el Presidente del Comité o del Grupo de Trabajo respectivo, o en su caso el Secretario (representante de COMINROC) deberá dar por terminada la reunión y realizar la oportuna mención en el acta de la reunión (en relación con el grado de responsabilidad de las personas físicas participantes en estas reuniones y de las empresas asociadas vid. supra apartado 2.).