

SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE
AMADEO PETITBÒ JUAN
(Directores)

LOS ACUERDOS HORIZONTALES ENTRE EMPRESAS

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA OBRA	11
La nueva Ley de Defensa de la Competencia y los acuerdos horizontales entre empresas, <i>por Luis Berenguer Fuster</i>	15
TIPOLOGÍA DE CONDUCTAS COLUSORIAS	
Perspectiva económica de la colusión, <i>por Enrique Cañizares y Daniel Domínguez</i>	23
Cárteles internacionales, <i>por Antonio Creus</i>	47
Acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas, <i>por Ricardo Alonso Soto</i>	65
Prácticas concertadas y conscientemente paralelas, <i>por Helmut Brokelmann</i>	87
¿Otro «tipo» de conductas colusorias?, <i>por Inmaculada Gutiérrez Carrizo</i>	115
TIPOLOGÍA DE LAS RESTRICCIONES HORIZONTALES A LA COMPETENCIA	
Fijación de precios y otras condiciones de las transacciones comerciales, <i>por Juan Manuel Fernández López</i>	141

	<u>Pág.</u>
Tipología de restricciones horizontales: limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria, <i>por Juan Jiménez-Laiglesia y José María Jiménez-Laiglesia</i>	163
Intercambios de información, <i>por Cani Fernández</i>	191
Análisis económico de la colusión en mercados de subastas: pujas fraudulentas (<i>Bid rigging</i>), <i>por Fernando Jiménez Latorre y Javier Coronado Saleh</i>	213

EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE LOS ACUERDOS HORIZONTALES

Los nuevos poderes de investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, <i>por Clara Guzmán Zapater</i>	243
Los límites a los poderes de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia, <i>por Francisco Cantos Baquedano y Salomé Santos Lorenzo</i>	255
El procedimiento sancionador y sus garantías, <i>por Luis Ortiz Blanco y Alfonso Lamadrid de Pablo</i>	279
El control jurisdiccional sobre decisiones administrativas en materia de cárteles, <i>por Santiago Soldevila Fragoso</i>	309

MODOS DE INICIACIÓN Y TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE LOS ACUERDOS HORIZONTALES

Programas español y comunitario de clemencia, <i>por Patricia Vidal Martínez</i>	323
Una perspectiva económica de la política de clemencia, <i>por Jorge Padilla, Alejandro Requejo y Nadine Watson</i>	357
El procedimiento de transacción comunitario para asuntos de cártel, <i>por María Luisa Tierno Centella</i>	371
ANEXOS	395

INTRODUCCIÓN

DE LOS DIRECTORES DE LA OBRA

De nuevo es una satisfacción abrir una obra dedicada al análisis de cuestiones relevantes relacionadas con el Derecho de la competencia, en particular, cuando sus autores son, todos, auténticos especialistas en la materia, a los que nosotros nos hemos limitado a dirigir proponiéndoles los temas y moderando los debates.

En el presente volumen se recogen —una vez revisados tras la oportuna discusión— los trabajos presentados en la quinta edición del Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, patrocinado y organizado por la **Fundación Rafael del Pino**, y desarrollado en su sede social.

El tema elegido para la edición de 2008 fue *Los acuerdos horizontales entre empresas*. Para la elección del tema contó mucho la opinión del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia y la particular relevancia de los mencionados acuerdos, especialmente en un contexto de crisis económica y de reforzamiento del sistema español de defensa de la competencia.

En efecto, las crisis económicas modifican de forma sustancial el marco en el que tienen lugar las relaciones entre empresas. En unos casos, las empresas aprovechan las circunstancias para sacar ventajas a sus rivales, intensificando la competencia, que puede llegar hasta la eventual exclusión —mediante cualquier procedimiento, incluida la concentración— de sus competidores del mercado. Dicha exclusión supone una mejor asignación global de los recursos y el riesgo de que la competencia pueda verse afectada negativamente. En otros términos, el proceso, que

empieza con una fuerte competencia, puede acabar con menor competencia por la eliminación de los competidores.

Pero también puede ocurrir que, al amparo de la tradición de las asociaciones empresariales —dentro de ellas o al margen de las mismas— la erosión de la rentabilidad causada por la propia crisis o por la acentuación de la competencia pueda impulsar los acuerdos empresariales en un intento de salvar el conjunto y obtener ventajas de los acuerdos. En efecto, suponiendo que en un determinado sector compiten empresas eficientes —con bajos costes relativos— y empresas menos eficientes —con costes relativos más elevados— los acuerdos, si son llevados a cabo con inteligencia y astucia, no sólo benefician al conjunto sino, también, a cada uno de los participantes en el acuerdo.

Un simple razonamiento permite poner de manifiesto este fenómeno. Las empresas menos eficientes resultan beneficiadas porque aseguran su continuidad en el mercado eliminando cualquier riesgo de exclusión. Lógicamente, para que esta supervivencia empresarial sea un hecho, los precios deben cubrir los costes empresariales más elevados que los correspondientes a las empresas eficientes. Las empresas eficientes también pueden tener interés en participar en el acuerdo porque eliminan incertidumbres y, al mismo tiempo, al fijarse los precios de forma que cubran los costes de las empresas menos eficientes obtendrán beneficios extraordinarios. La paz empresarial, en consecuencia, beneficia al conjunto de operadores económicos que intervienen en el mismo pero plantea un inconveniente de envergadura: se prima la ineficiencia y se perjudica a los consumidores, dos aspectos protegidos por la legislación de defensa de la competencia.

En otros términos: los acuerdos horizontales entre empresas convierten a las empresas que participan en el mismo, en principio independientes en sus decisiones, en un monopolio con todos los efectos negativos de los monopolios que abusan de su posición de dominio.

De ahí el interés del tema.

Pero, en un contexto de crisis económica, no todo se acaba con las conductas del sector privado. También las Administraciones Públicas tienen su misión. La administración norteamericana ha anunciado una política de defensa de la competencia más vigorosa. La administración europea está demostrando que su estrategia no pasa por el vigor aunque se recree en las sanciones.

En España la misión de las Administraciones Públicas está clara. Cosa distinta es que no la lleven a cabo. De acuerdo con el art. 139.2 de la Constitución Española, «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que

directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español». Este hecho traduce la voluntad de proteger la competencia frente a una doble tentación administrativa: en primer lugar, colaborar con determinadas empresas mediante la concesión de ayudas públicas que alteran los parámetros por los que debe discurrir la leal competencia entre empresas, llegando al extremo de que una empresa ineficiente con el apoyo de las ayudas públicas puede expulsar del mercado a una empresa eficiente que no cuente con dicho apoyo; y, en segundo lugar, debe evitarse que las administraciones de un determinado territorio protejan de la competencia exterior a las empresas localizadas en el mismo frente a la oferta de bienes y servicios procedente de empresas localizadas en otros territorios. La destrucción de barreras administrativas debería convertirse en una obsesión de la Comisión Nacional de la Competencia, pues es una de las principales fuentes de restricción de la competencia en España. (A los específicos problemas que plantean las ayudas públicas, dedicaremos precisamente la sexta edición del Seminario.)

Por todas estas razones se justifica el interés por el análisis de los acuerdos horizontales. Este libro pretende ser la aportación a este debate de múltiples voces que, siguiendo la pauta de nuestro Seminario, pertenecen a juristas y a economistas que se enfrentan con los problemas de defensa de la competencia en la Universidad, en la Administración, en los Tribunales, o en sus propios despachos como asesores y consultores.

Santiago MARTÍNEZ LAGE
Amadeo PETITBÒ JUAN
Co-Directores de la obra

LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS ACUERDOS HORIZONTALES ENTRE EMPRESAS

Luis BERENGUER FUSTER
Presidente de la Comisión Nacional
de la Competencia

Me cabe nuevamente el honor de formular las palabras de inauguración del Seminario de Derecho y Economía de la Competencia de la **Fundación Rafael del Pino**, que este año celebra su 5.^a edición y debo señalar que esta edición tiene lugar en un momento especialmente oportuno desde el punto de vista de la competencia en España. Por un lado, estamos inmersos en una crisis económica mundial sin precedentes derivada en su mayor parte de problemas relacionados con la regulación financiera. Esto ha resucitado un debate teórico sobre la vigencia de la política de competencia en tiempos de crisis, y especialmente sobre cuál debe ser su papel respecto a las ayudas de Estado y a las conductas restrictivas más nocivas como los acuerdos horizontales entre empresas. Por otro lado, y ya en el ámbito específico español, se ha cumplido un año desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Una Ley que ha marcado un punto de inflexión en el marco normativo e institucional de la política de competencia en España y que ha supuesto una auténtica revolución en los instrumentos de lucha contra las conductas restrictivas. Transcurrido más de un año desde su aplicación, ya se pueden realizar las primeras valoraciones positivas al respecto.

La recesión que desde el cuarto trimestre de 2008 registran las mayores economías mundiales habrá disipado ya cualquier duda sobre la vigencia del ciclo económico. De hecho, la creciente globalización de los mercados ha permitido observar la sincronización del ciclo económico de forma que Estados Unidos, Japón y la UE han experimentado una evolución muy similar a pesar de sus distintas estructuras económicas. En efecto, la mayor interdependencia de las economías genera canales más ágiles para la transmisión de los efectos de la crisis y pone de relieve la importancia de una «mejor regulación». No conviene confundir esto con la petición de «una mayor intervención del Estado» tal y como han venido reclamando recientemente algunas voces. Pero si algo se pone de manifiesto en estos momentos de crisis es que ni existe alternativa a la economía de mercado ni se puede volver a fórmulas que, en el pasado, han demostrado sobradamente su carácter inadecuado.

Existe consenso en que el epicentro de la crisis está en el sector financiero y más concretamente en una regulación y supervisión ineficiente que no ha sabido hacer frente al principal fallo de mercado en este ámbito: la información asimétrica. Ni el regulador, ni los accionistas, ni las agencias de calificación ni mucho menos los usuarios finales de servicios bancarios disponen de la misma información. Y lo que es más importante, aunque dispusieran de ella no tienen la misma capacidad de evaluar y entender los riesgos derivados de operaciones financieras de gran complejidad.

Justificaciones aparte, esta crisis ha puesto a la política de la competencia en primera línea de fuego, y podríamos preguntarnos cuál es el papel de las normas de la competencia en tiempos de crisis. El primer apartado en el que deberíamos realizar esa pregunta es en el campo de las ayudas públicas. Y en este campo es preciso valorar la oportunidad y legalidad de las ayudas de Estado necesarias para reflotar a algunas de estas instituciones o al menos dotarlas de la liquidez necesaria para que puedan continuar con su operativa habitual. En este sentido, la Comisión Europea ha establecido unas líneas directrices para evitar distorsiones injustificadas que podrían derivarse, por ejemplo, de medidas que supusieran la discriminación por nacionalidad entre distintas instituciones financieras o aquellas ayudas que pudieran generar un mayor beneficio o cuota de mercado para el banco beneficiario.

Pero esas medidas nos sitúan en otro escenario: el problema del riesgo moral que se genera cuando se rescata a una institución cuya gestión ha sido ineficiente, y que supone un precedente que en última instancia incentivará al resto de instituciones a tomar decisiones más arriesgadas con la creencia de que el Estado actúa como último garante, no es razón

suficiente para no intervenir en un sector clave para la economía, si bien debe estar presente a la hora de analizar cada ayuda, cada medida concreta. Porque no es posible que quien se ha visto beneficiado por una actuación incorrecta o temeraria termine, también, viéndose beneficiado por las medidas adoptadas para paliar la crisis. La política de la competencia en materia de ayudas de Estado no puede ser inmune a la situación económica, pero el tiempo debe evitar distorsiones que se pudieran generar en la competencia efectiva entre los distintos operadores.

Esta supervisión de las Administraciones Públicas sí puede tener un carácter más exigente en lo relativo a la vigilancia de los actos de las distintas Administraciones y su respeto a los principios de la competencia. En este sentido, una de las más importantes novedades de la nueva Ley 15/2007 radica en el art. 12.3, que *legitima* a la CNC para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de cualquier Administración Pública y las disposiciones con rango inferior a la Ley de las que deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva. Se trata de un potente instrumento cuya existencia está destinada a ser un elemento disuasorio de primer nivel contra las prácticas anticompetitivas de las Administraciones Públicas y que podría emplearse en el momento actual.

Al igual que en el caso de las ayudas públicas, otro ámbito en el que la política de la competencia también debe tener en cuenta el contexto económico en el que opera, es el de la valoración de las operaciones empresariales de concentración. En este campo la actuación de la CNC debe analizar si las operaciones de concentración que se sometan a su consideración tienen carácter defensivo, es decir, que constituyen un instrumento para combatir los momentos de crisis, o bien tratan de aprovechar la excusa de la crisis para obtener la aprobación de operaciones que en circunstancias normales serían difícilmente aprobadas.

Pero es en el tercer ámbito de la política de defensa de la competencia donde la crisis exige, no ya una mayor condescendencia, sino una mayor beligerancia. Se trata de la lucha contra las conductas prohibidas. Y se debe ser especialmente beligerante contra las conductas más nocivas para la sociedad, y para el consumidor en particular: los acuerdos horizontales y los cárteles. El establecimiento hace unas semanas por parte de la Comisión Europea de la mayor multa jamás impuesta a un cártel, por encima de los 1.000 millones de euros, es un buen aviso a navegantes. La CNC tiene igualmente un enfoque de tolerancia cero respecto a estas prácticas y en la actualidad dispone, además, de los medios para cumplir con este objetivo.

Y precisamente por esta razón, es decir, por la importancia que tiene en la época de crisis combatir contra esas conductas tan dañinas, por lo

que debe considerarse un acierto la elección del tema de este Quinto Seminario. En efecto, junto a la firme voluntad de acentuar la persecución de los cárteles, especialmente en tiempo de crisis, se produce este Seminario cuando la nueva Ley tiene un año de vigencia, una nueva Ley que supone un punto de inflexión en la lucha contra las conductas prohibidas, al establecer un marco normativo e institucional óptimo para el desarrollo de los nuevos y reforzados instrumentos en la lucha contra los cárteles y los acuerdos horizontales.

Cabe recordar que el principio de eficacia en la lucha contra las conductas prohibidas subyace a toda la reforma normativa, y el tiempo que llevamos aplicándola pone de manifiesto que los instrumentos en ella contenidos han permitido una mayor facilidad en la lucha contra los cárteles, que todos sabemos que proliferan ampliamente a lo largo y ancho de nuestra geografía.

Pero los cárteles, o si se quiere la colusión, no siempre presenta perfiles nítidos. Con frecuencia quienes quieren sustituir la lucha competitiva por los acuerdos entre competidores acuden a fórmulas más sofisticadas que el simple acuerdo, o bien adaptan su conducta a ciertos parámetros que permiten que sus competidores les sigan, produciendo en algunos casos los mismos efectos anticompetitivos que la colusión expresa. Es tarea de las autoridades de la competencia el detectar esas conductas que suponen una forma de colusión tácita, separándolas de otras actuaciones que pudieran ser el resultado del paralelismo normal del mercado. Todos somos conscientes de que entre ambos supuestos existe una delgada línea de separación que hay que delimitar con el método del detallado análisis de la realidad.

No cabe duda que, en este campo, el nuevo programa de clemencia ha supuesto un instrumento de primer nivel y, más allá del éxito que ha tenido en sus primeros meses de aplicación en España, destaca el efecto disuasorio que en el futuro tendrá contra aquellas empresas que se embarquen en cualquier tipo de acuerdos colusorios. A buen seguro que las sesiones dedicadas a la clemencia permitirán profundizar en los aspectos económicos y jurídicos de este novedoso programa.

Otra de las novedades más importantes de la nueva Ley para la lucha contra las conductas prohibidas ha sido el refuerzo de los poderes de inspección de la CNC. Que el personal de la CNC autorizado en una inspección sea reconocido como agente de la autoridad y se le faculte para acceder a cualquier local o medio de transporte, sea o no de la entidad inspeccionada, e incluso a domicilios particulares de empresarios o empleados cuando las pruebas puedan servir para probar una infracción grave o muy grave, es un paso adelante fundamental. Además, la nueva

Ley también faculta al personal autorizado de la CNC a precintar lugares u objetos durante el tiempo que se considere necesario e introduce la declaración de infracción por la obstrucción o negativa a someterse a una inspección de la CNC. El desarrollo de estos amplios poderes y los límites a los que están sometidos, principalmente la «garantía de seguridad jurídica de los operadores económicos» que establece la Ley, son aspectos de gran interés jurídico que también se abordarán en algunas de las sesiones de este Seminario.

La consecuencia directa de los nuevos poderes de inspección concedidos, de los nuevos instrumentos creados y de la voluntad inequívoca de redoblar los esfuerzos en la lucha contra las conductas restrictivas, se puede resumir con un dato significativo: nunca antes se habían incoado tantos expedientes por acuerdos horizontales ni nunca se había incoado un porcentaje tan alto como consecuencia de investigaciones de oficio. Concretamente, en 2008 se han incoado 25 expedientes por conductas, de los que 16 proceden de investigaciones de oficio, una muestra inequívoca de la actitud beligerante pro-competencia de la CNC y del mayor número de recursos que se están dedicando a la lucha contra las prácticas más nocivas. Estas cifras ridiculizan cualquier comparación con los expedientes incoados en pasados ejercicios, en los que la detección de cárteles era prácticamente inexistente, y cuando se llegaban a detectar solía consistir de empresas que, por su escaso tamaño, desconocían la legislación en la materia. Y quiero poner una vez más de manifiesto y con la mayor de las rotundidades posible que en el ámbito de las conductas prohibidas ninguna crisis puede justificar una menor lucha o menor beligerancia contra este tipo de prácticas.

Para concluir, quisiera felicitar a la **Fundación Rafael del Pino** por el acierto y la oportunidad de este Quinto Seminario de Derecho y Economía de la Competencia como foro de conocimiento y debate sobre los acuerdos horizontales. Estoy convencido de que los excelentes ponentes que componen las distintas mesas redondas nos permitirán tener un conocimiento mucho más profundo sobre estos aspectos, permitiéndonos evaluar mejor las líneas futuras de trabajo tanto en el aspecto normativo y jurídico como en las técnicas de análisis económico.