

JULIO PASCUAL Y VICENTE

**DERECHO
DE LA COMPETENCIA
PARA DIRECTIVOS**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
1. POR QUÉ ESCRIBO ESTE LIBRO Y POR QUÉ DEBES LEERLO	15
<i>Por qué lo escribo</i>	15
<i>Por qué debes leerlo</i>	17
2. ACABAS DE SUBIRTE A UN AUTOBÚS DE DOS PISOS	21
<i>El autobús</i>	21
<i>Quién conduce el autobús</i>	23
<i>El autobús que conducen las autonomías es de un solo piso</i>	29
<i>Quién controla a los conductores</i>	31
3. QUÉ ES LO QUE LAS EMPRESAS NO PUEDEN HACER	33
<i>Los tres frutos prohibidos</i>	33
<i>Tipos de conductas colusorias prohibidas a las empresas</i>	36
<i>La geometría cuenta en los acuerdos entre empresas ..</i>	41
<i>La bestia negra son los cárteles</i>	43
<i>El abuso de posición de dominio está prohibido</i>	47
<i>Abusos en mercados conexos</i>	49
<i>Especial responsabilidad de la empresa dominante</i>	51
<i>Prohibidos los actos desleales que falseen la competencia</i>	52
4. LO QUE NO PUEDEN HACER LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES.....	55
<i>Importancia y roles de las asociaciones empresariales</i>	55
<i>Precauciones inherentes a las asociaciones sectoriales</i>	56
<i>Prohibiciones particulares de las asociaciones</i>	59

	<i>Ejemplos más frecuentes de infracciones de asociaciones</i>	61
	<i>Un consejo final para los directivos de asociaciones</i> ...	66
5.	HAY CONDUCTAS PROHIBIDAS QUE ESTÁN PERMITIDAS	69
	<i>Conductas prohibidas pero exentas</i>	69
	<i>Conductas eficientes no reglamentadas</i>	69
	<i>Conductas eficientes exentas por Reglamento</i>	70
	<i>Conductas exentas por Ley</i>	72
	<i>Conductas de menor importancia</i>	72
	<i>Declaraciones de inaplicabilidad</i>	74
	<i>Importancia de la autoevaluación previa</i>	74
6.	LAS MULTAS POR INFRACCIÓN SON CADA VEZ MAYORES	77
	<i>Una multa puede acabar con tu empresa y tu asociación</i>	77
	<i>También puedes ser multado personalmente</i>	78
	<i>Infracciones leves, graves y muy graves</i>	79
	<i>Puedes ir a la cárcel si falseas una subasta</i>	81
7.	LA CONFESIÓN DEL ARREPENTIDO SE PAGA A PRECIO DE ORO	85
	<i>Premio a los chivatos: los programas de clemencia</i>	85
	<i>La importancia de llegar el primero</i>	86
	<i>Si vas a cantar, afina tu voz antes</i>	87
8.	EFFECTOS COLATERALES DE LAS INFRACCIONES	89
	<i>Multiplicidad de efectos colaterales</i>	89
	<i>Daños a la reputación de tu empresa</i>	91
	<i>Nulidad de los acuerdos prohibidos</i>	92
	<i>Posible demandas judiciales de los perjudicados</i>	92
9.	FUSIONES Y ADQUISICIONES NOTIFICABLES	95
	<i>Subimos al piso de arriba del autobús</i>	95
	<i>El control de concentraciones es reciente</i>	96
	<i>Quien evita la ocasión, evita el peligro</i>	97
	<i>Qué es técnicamente una concentración empresarial</i> ..	98
	<i>Concentraciones que hay que notificar</i>	99
	<i>Principio de autoridad única</i>	101
	<i>Principios básicos de los procedimientos</i>	102
	<i>Facultades sancionadoras de las autoridades</i>	103
	<i>Factores que se analizan en el control de concentraciones</i>	105

<i>Derecho de la competencia para directivos</i>	11
10. LAS ADMINISTRACIONES TAMBIÉN DISTORSIONAN LA COMPETENCIA.....	107
<i>Echemos un vistazo a la bodega antes de bajar del autobús</i>	107
<i>Las Administraciones, sometidas al control de conductas</i>	108
<i>Qué son las ayudas públicas</i>	109
<i>Control de las ayudas públicas</i>	110
<i>El papel de la Comisión Nacional de la Competencia..</i>	111
11. CONSIDERACIONES FINALES PARA UN DIRECTIVO ESCÉPTICO.....	115
<i>Tres dimensiones de la competencia</i>	115
<i>Ética de la competencia</i>	117
<i>El Estado debe defender la competencia</i>	119
<i>La defensa de la competencia beneficia a todos</i>	122
12. REFLEXIONES FUERA DE LUGAR PARA UNA JOVEN PROMESA	125
<i>Este capítulo no es para directivos, pero puedes leerlo</i>	125
<i>La competencia perfecta no existe... ni es deseable</i>	126
<i>La competencia es un proceso</i>	128
<i>Tienes que actuar con ojos de lince y manos de cirujano</i>	130
EPÍLOGO.....	133

PRÓLOGO

Voy a dedicar este prólogo a expresar mi agradecimiento a cuatro personas y no, como suele ser habitual, a animarte para que leas el libro, pues a eso he dedicado el primer capítulo, donde te explicaré por qué lo he escrito y por qué debes leerlo.

El primer agradecimiento es para mi hijo Julio, joven abogado y economista, al que debo la idea de escribir el libro. En la sobremesa de un domingo, cuando le contaba que pensaba crear el Instituto de Estudios de Competencia para proporcionar ilustración y entrenamiento a los empresarios y directivos en materia de competencia, me soltó de repente: «Es una estupenda idea, pero ¿por qué no escribes además un libro de esos que se pueden leer en un AVE Madrid-Barcelona, ida y vuelta?». Y, para llevarme a su terreno, añadió zalamero: «¡Con lo bien que tú expones asuntos complejos de manera sencilla!». Me convenció en el acto: antes de acostarme, tenía acabado el índice.

Las otras tres personas a las que quiero expresar mi agradecimiento son: mi hija Adriana, doctora en Derecho con una tesis en Derecho civil-Derecho de la competencia, y mis dos colegas y amigos, Carmen Perete y Rafael Baena, sólidos pilares del equipo de Competencia que he creado y dirigido desde hace cinco años en Ashurst, y con los que tanto ping-pong intelectual juego cada día en la materia de que me ocupo en el libro. A cada uno de los tres, y también a mi hijo Julio, un viernes les

di una copia del borrador del libro y un bolígrafo rojo, con este encargo: «Tachad sin piedad lo que no se entienda bien y la semana próxima me lo devolvéis». La claridad del libro debe mucho a las rayas rojas de los cuatro.

1. POR QUÉ ESCRIBO ESTE LIBRO Y POR QUÉ DEBES LEERLO

Por qué lo escribo

La mayoría de las infracciones de las normas de competencia se cometen por ignorancia y sus sanciones pueden llegar a alcanzar hasta el 10 por 100 del volumen anual de negocio total de la empresa infractora. Por eso escribo este libro.

Es sabido que la ignorancia de la ley no justifica su incumplimiento. Así que nada se puede reprochar a la autoridad que sanciona una infracción aunque su autor desconociera que estaba mal lo que hacía. Pero el hecho es que, por diversos motivos, la ignorancia sobre la normativa de competencia es general, y la que tienen los empresarios y sus dirigentes, como diría un castizo, es enciclopédica.

Esta ignorancia afecta a la casi totalidad de los empresarios y dirigentes de las empresas y de las organizaciones empresariales, y también afecta a los propios abogados de unas y otras. A los abogados internos y a los externos. En este momento, habrá en España alrededor de un centenar de abogados dedicados al Derecho de la competencia, comprendiendo en esta cifra a los más jóvenes e inexpertos, a los que tienen alguna experiencia y a los consagrados, que no llegan a la decena.

No hay que extrañarse de que esto suceda porque, al día de hoy, las facultades universitarias españolas de Derecho siguen sin incorporar al cuadro

de asignaturas de sus licenciaturas el Derecho de la competencia. A lo sumo, un par de lecciones que los mercantilistas suelen incluir al final de sus tratados y que casi nunca se explican, o lo que similarmente hacen los administrativistas más avisados con parecido énfasis. Las universidades españolas más punteras, si acaso, incluyen una asignatura en el doctorado.

Todo esto no lo digo de oídas. Llevo viéndolo en directo desde hace muchos años y, con especial intensidad, durante los quince últimos, dedicados íntegramente al Derecho de la competencia. De 1996 a 2006, en el Tribunal de Defensa de la Competencia como vocal y, desde esta última fecha, asesorando empresas en la materia.

En mis años del Tribunal vi de todo. Desde el empresario que había firmado (¡en papel!) un acuerdo con otros colegas para repartirse un mercado, hasta el dirigente de una organización empresarial que denunciaba a otros por pactar en contra suya y, cuando fue requerido para acreditar sus poderes, envió el acta de la junta de su asociación donde constaban, sí, sus poderes, pero también ¡dos acuerdos infractores de la Ley de Defensa de la Competencia que se habían tomado allí ese día!

Y entre los abogados también he visto de todo. Era relativamente frecuente el caso, sobre todo entre empresas pequeñas y medianas, del abogado atrevido pero ignorante que, en vez de decir a su cliente que él de eso no sabía y recomendarle algún especialista, asumía su defensa causándole severos perjuicios. La ignorancia del abogado se convertía entonces en muy dañina para quien había confiado en su asesoramiento. Como esos casos eran palpables, solía yo decir con sorna a mis compañeros del Tribunal: «Mirad, otro abogado que es enemigo de su cliente».

Y también he visto siempre, justo es decirlo, a quienes, en cuanto se les abre un expedien-

te por la autoridad, acuden a un buen abogado de competencia, que siguen sin abundar, pero que en mis tiempos del Tribunal eran tan pocos que yo cariñosamente les llamaba: los «Príncipes de la Competencia».

Pero, como la realidad siempre supera la ficción, he tenido la oportunidad de ver cosas aún peores; por ejemplo, en el Tribunal he visto prácticas ilegales entre empresarios promovidas por la Administración. Aunque no me sorprendí; ya había visto cosas así cuando dirigía una importante confederación sectorial de empresarios. Luego contaré alguna que producirá regocijo pero debe servir de advertencia.

Por eso escribo este libro: para contribuir a remediar esa ignorancia. Esa ignorancia, que tan cara resulta a las empresas y que impide a los empresarios españoles poder utilizar el Derecho de la competencia como herramienta de gestión.

Y me dispongo a escribir el libro desde la ventajosa posición que supone haberlo visto casi todo desde tres privilegiadas atalayas: mis largos años empresariales, mi década como vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia y los cinco años que llevo asesorando empresas y asociaciones empresariales en Derecho de la competencia.

Por qué debes leerlo

La lectura del libro te va a permitir disponer de dos importantes ventajas que hoy no tienes.

La primera es que vas a saber cómo construir alrededor de tu empresa un perímetro de seguridad que te evite sorpresas desagradables, que a veces pueden llegar a poner en cuestión la propia pervivencia de la empresa. Te recuerdo que las sanciones por infracción de las normas de competencia

pueden llegar a ser de un importe equivalente al 10 por 100 de la cifra de negocios total de tu empresa en el último año.

La segunda razón para leer este libro es que, cuando lo acabes, estarás en condiciones de utilizar el Derecho de la competencia como herramienta de gestión de tu empresa, tal como vienen haciendo desde hace años tus colegas norteamericanos y europeos.

Ves que yo no me he querido cruzar de brazos y tú tampoco debes hacerlo. Si tu abogado nunca te habla de Derecho de la competencia es simplemente porque no sabe. No te conformes, ponte en situación de poder exigir a tus abogados, de saber seleccionarlos y, sobre todo, adquiere personalmente una sensibilidad en materia de competencia que te evitará problemas y te permitirá sacar ventaja de que los demás empresarios se queden cruzados de brazos. Sensibilízate y entrénate mediante la lectura de este libro.

Cuando comentaba todo esto con mi viejo amigo Manuel Soto, fundador de Arthur Andersen en España y luego inteligentemente atraído por Bóttin para el Consejo del Santander, me decía él con añoranza: «Ese empeño tuyo me recuerda el mío de aquellos años cuando trataba yo de convencer a los empresarios y directivos españoles de la importancia que tenía tomar en consideración el Derecho fiscal en sus decisiones». Hoy, cualquier directivo empresarial utiliza habitualmente el Derecho fiscal como herramienta de gestión, mientras que el Derecho de la competencia sigue siendo, sin embargo, el gran desconocido.

Debes adentrarte en la lectura del libro sin ningún temor o prevención. Éste es un libro para empresarios y directivos. Si no eres uno de ellos y no tienes demasiada curiosidad por lo que te rodea, puedes prescindir de él. Pero si eres empresario o tienes responsabilidades directivas en una empresa o una organización empresarial, te conviene leerlo.

Lo he escrito específicamente para ti y para tus colegas. No importa cuál sea tu formación para poder comprenderlo. Está escrito en un lenguaje sencillo que todo el mundo entiende y he huido de tecnicismos esotéricos. Si algún palabro técnico aparece, siempre se explica convenientemente para general entendimiento.

En el mundo empresarial hay personas con importantes responsabilidades directivas de muy diversas formaciones, lo cual es lógico porque las cualidades para ser un buen empresario no tienen que ver con lo que se enseña en las universidades ni en las escuelas de negocios.

Hay empresarios y directivos que son ingenieros y otros, economistas. Están los que se licenciaron en Derecho o en cualquier otra carrera. Pero los hay también —y brillantes— que todo lo que saben lo aprendieron en la universidad de la vida. Este libro está escrito pensando en cada uno de cualquiera de estos grupos, lo cual no me ha llevado a simplificar los problemas, sino a procurar exponerlos con palabras que entiendan todos.

Si has llegado hasta aquí, es porque el libro ha despertado tu curiosidad, pero si eso no te parece bastante, voy a proporcionarte un incentivo adicional que, al mismo tiempo, encierra una advertencia. El incentivo es que, si lees el libro hasta el final, vas a encontrarte cambiado cuando lo cierres. Con independencia de las cosas concretas que vas a aprender, te darás cuenta de que dispones de una nueva manera de mirar las cosas y empezarás a fijarte en aspectos en los que antes no reparabas. La advertencia asociada es que, a partir de ese momento, ya nada será igual para ti; por decirlo en una frase que provocará tu sonrisa: cuando termines el libro, habrás perdido la inocencia.

La lectura del libro te va a cambiar la manera de ver las cosas o, mejor dicho, el modo de mirarlas. Y,

como te decía antes: con la nueva sensibilidad que tendrás tras la lectura, sabrás dibujar un perímetro de seguridad a tu alrededor y al de tu empresa que te preservará del peligro de infringir las normas y te enseñará a vigilar a tus comerciales para que no lo hagan a tus espaldas.

Pero no es todo esto lo más importante, con serlo mucho. Lo fundamental es que, cuando acabes el libro, vas a disponer de una nueva perspectiva. Entonces serás capaz no sólo de evitar disgustos y sanciones además de daños a la reputación de tu empresa, sino también de saber utilizar en tu propio beneficio el Derecho de la competencia como una importante herramienta de gestión que te permitirá sacar ventaja de las malas prácticas y de las omisiones de los demás.

Es todo este prometedor mundo nuevo el que se abre ante tus ojos, sólo con que seas capaz de terminar el libro: ¡adelante!