



Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

Los programas de Compliance como medida anticártel

Trabajo fin de máster presentado por:

Estefanía Ros Cordon

Titulación:

Máster en el ejercicio de la abogacía

Área jurídica:

Derecho de la Competencia

Director/a:

Jerónimo Maillo González-Orus

Barcelona

14 de diciembre de 2017

Firmado por: Estefanía Ros Cordon

ÍNDICE

1. Introducción.....	7
2. Cáteles.....	9
2.1. Antecedentes legislativos.....	9
2.2. Breve referencia al Derecho Comunitario.....	17
2.3. Concepto de cártel y exenciones.....	20
2.4. Detección y sanción. Programa de clemencia.....	23
3. Compliance y cáteles.....	29
3.1. Programa de Compliance: antecedentes y concepto.....	29
3.2. Beneficios de los programas de Compliance.....	32
3.3. Elementos esenciales de los programas de Compliance.....	34
3.4. Compliance de competencia: ¿Cómo hacerlo efectivo?.....	35
4. Programas de Compliance en Competencia.....	38
4.1. Experiencia comparada.....	38
4.1.1. Chile.....	38
4.1.2. Estados Unidos.....	41
4.1.3. Canadá.....	44
4.1.4. Reino Unido.....	45
4.1.5. Francia.....	48
4.2. Experiencia española.....	49
5. Conclusiones.....	54
6. Bibliografía.....	56
7. Fuentes jurídicas utilizadas.....	63

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

Artículo: Art.

Asociación Española de Compliance: ASCOM.

Autorité de la Concurrence: ADC.

Comisión Nacional de Competencia: CNC.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: CNMC.

Competition and Markets Authority: CMA.

Constitución Española: CE.

Dirección de Competencia: DC.

Fiscalía Nacional Económica: FNE.

Foreign Corrupt Practices Act: FCPA.

Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia: LCC.

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: LCNMC.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: LDC.

Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia: LRPRC.

Office of Fair Trading: OFT.

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia: RDC.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: TFUE.

RESUMEN

El propósito de este estudio es doble: por una parte, evaluar la incidencia de los programas de compliance en la prevención de los cárteles; y, por la otra, evaluar si dichos programas se han integrado de manera eficaz en el ordenamiento español. Para ello, en la primera parte del trabajo analizaremos qué se entiende por cártel y cuáles son sus antecedentes. Asimismo, estudiaremos cómo se sancionan estas conductas en nuestra legislación y la herramienta que, a día de hoy, ayuda a detectarlos: el programa de clemencia.

Continuaremos nuestro estudio con los programas de compliance, definiéndolos y estableciendo cuáles son los beneficios que pueden reportar a la prevención de los cárteles y cómo pueden hacerse efectivos. Finalmente, se realizará un estudio comparado de los programas de compliance en materia de competencia en países como Chile, Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y Francia, y se analizará cuál es la situación actual en España.

El principal resultado obtenido ha sido la poca regulación existente en nuestro país respecto a los programas de compliance en materia de competencia. En cuanto a los otros países, se ha constatado que dicha regulación es mucho más extensa, y que las autoridades de competencia, al contrario que su homólogo español, han recopilado las pautas que deben seguir las organizaciones que deseen cumplir con la normativa de competencia, destacándose por encima de todos la labor realizada en Chile.

Tras nuestra investigación, podemos concluir que en España el problema no sólo se encuentra en las organizaciones o empresas, muchas de las cuales todavía no han implantado programas de compliance, sino que el mayor obstáculo radica en las autoridades de competencia, que en nuestro país aún se encuentran en una fase inicial, estudiando cómo puede el compliance alinearse con el derecho de la competencia.

Palabras clave: compliance, cárteles, programas de compliance en competencia.

ABSTRACT

The purpose of this study is twofold: on the one hand, to evaluate the incidence of compliance programs in the prevention of the cartels; and, on the other, to evaluate if said programs have been effectively integrated into the Spanish legal system. To that end, in the first part of this paper we will analyse the concept of cartel and its precedents. Furthermore, we will study how these behaviours are punishable according to our legislation and the tool that helps to detect them: the leniency program.

The paper will then focus on the compliance programs, exploring their definition and the benefits they provide in terms of preventing cartels. In addition, we will discuss how these programs might be implemented effectively. Finally, there will be a comparative study between various countries on the use of compliance programs in matters of competition law - Chile, United States, Canada, United Kingdom and France- in order to establish a comparison with the current situation in Spain.

The main result of the present study is that in Spain there is currently not much regulation with respect to competition compliance programs. As for the other countries, it has been found that this kind of regulation is much more developed, and that the competition authorities, contrary to their Spanish counterpart, have compiled the guidelines to be followed by organizations wishing to comply with the competition regulations. The work done in Chile is particularly noteworthy.

After our investigation, we can conclude that in Spain the problem does not only lie with the companies, many of which have not yet implemented compliance programs, but also with the competition authorities, which are still in the initial stage of studying how the fields of compliance and competition law can be aligned.

Key words: compliance, cartel, competition compliance programme.

1. INTRODUCCIÓN

El Compliance ha irrumpido con fuerza en el panorama del ordenamiento jurídico español. Si hasta hace pocos años era relativamente desconocido para el abogado medio, hoy en día se realizan conferencias, ponencias e incluso másteres completamente dedicados a esta materia, que incluso ha sido declarada el tema jurídico del año 2016 a raíz de una encuesta llevada a cabo en el marco de la segunda edición de los Premios Expansión Jurídico¹.

Este protagonismo se debe, en primera instancia, a la reforma del Código Penal de 2010, que introdujo como novedad la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, no fue hasta la siguiente reforma del Código Penal, en julio de 2015, cuando el Compliance se consolidó en nuestra legislación, al establecerse una serie de medidas a través de las cuales las empresas pueden evitar o, al menos atenuar, las sanciones que se les impongan por los delitos que se cometan en su seno².

Una de esas medidas consiste en la adopción de un programa de Compliance, que implica la implementación, en la empresa, de los instrumentos, prácticas y procedimientos necesarios para detectar, prevenir y mitigar los riesgos de que se cometan delitos por los representantes legales o los empleados³. A pesar de que este tipo de programas se centran, sobre todo, en el ámbito del derecho penal, hay voces que se alzan a favor de su utilización en el ámbito del derecho de la competencia, ya que podrían favorecer la protección de la libre competencia en los mercados⁴.

Uno de los fenómenos que más amenaza dicha libertad son los cárteles, acuerdos entre empresas claramente anticompetitivos que tienen efectos negativos tanto para la economía como la sociedad⁵. Dado que suelen mantenerse en secreto, los cárteles son muy difíciles de detectar, y hasta ahora la única herramienta que ha demostrado ser eficaz en su desarticulación han sido los programas de clemencia. Estos programas permiten a las

¹Expansión. *El 'compliance', tema jurídico del año*. (2017). [Internet]. Disponible en: <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2017/06/26/5951438fe5fdea511e8b45f0.html>

²Wolters Kluwer. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Guías Jurídicas. [Internet]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmtA3NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAsDdUqTUAAAA=WKE

³Casanovas Ysla, A. Compliance Penal Normalizado. El estándar UNE 19601. 1ª ed. 2017. Aranzadi

⁴ASCOM. *Módulo 15. Defensa de la Competencia*. Pag. 486. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016.

⁵ Ibid, pag. 502.

empresas involucradas en un cártel comunicar la existencia de éste a la autoridad competente para obtener a cambio una exención o reducción en el pago de la multa.⁶

El problema de los programas de clemencia es que se aplican de manera posterior a la comisión de la infracción, y, por tanto, no pueden evitar algunos de sus efectos. En este punto es cuando los expertos ven en los programas de Compliance una solución de carácter preventivo, que pueden ayudar a las empresas a evitar infracciones futuras.⁷ No obstante, la implementación del Compliance en materia de competencia no cuenta todavía con el debido reconocimiento legal, por lo que el presente trabajo se propone colmar este vacío que a día de hoy existe en nuestro ordenamiento jurídico.

El trabajo se estructura en cuatro apartados. El primero de ellos estudiará más a fondo los cárteles, analizando los antecedentes legislativos y la regulación actual tanto en España como en la Unión Europea, de la que emanan muchas de las normas en materia de defensa de la competencia. El segundo apartado se dedica a los programas de Compliance, intentando comprender en qué consisten, cómo se pueden implementar de forma efectiva y los beneficios que pueden reportar a las empresas, siempre desde la perspectiva de la competencia.

En el tercer apartado se realizará un estudio de la situación en España, Chile, Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y Francia, con el objetivo de aportar una visión más práctica de la cuestión. Dado que en nuestro país la regulación no está muy avanzada en este aspecto, hemos creído conveniente incluir algunas observaciones respecto de aquéllos países en los que sí se ha trabajado por implementar el Compliance en materia de defensa de la competencia.

El cuarto y último apartado está dedicado a las conclusiones, en las que, partiendo de todo lo anterior, se responderá a la cuestión de si los programas de Compliance realmente están implantados en nuestro país y si son eficaces a la hora de prevenir la comisión de conductas anticompetitivas.

⁶García Cachafeiro F. *La “política de clemencia” en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*. Noticias de la Unión Europea, enero 2010.

⁷ASCOM. *Módulo 15. Defensa de la Competencia*. Pags. 537-538. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016.

2. CÁRTELES

2.1. Antecedentes legislativos

La legislación en materia de competencia no es algo reciente en nuestro país, pudiéndose encontrar antecedentes de tiempos remotos. Así, por ejemplo, el Cuaderno de las Alcabalas de 1805 ya establecía la prohibición de los monopolios y conciertos, que más tarde sería recogida en la Novísima Recopilación, publicada en 1805. No obstante, estos precedentes son de carácter puntual y referidos a prácticas concretas, sin la intención de tener un alcance generalizado. No se contemplaban los principios de la economía de mercado, que en esa época eran incompatibles con las ideas defendidas por el Estado⁸.

En la segunda mitad del siglo XVIII se inició tímidamente la regulación de la competencia en el mercado, confirmándose con las Leyes de 1813 el principio de libertad industrial, así como la abolición de los privilegios señoriales de monopolio y el concierto forzoso entre gremios. Este liberalismo económico y de mercado se asentó en nuestro país a lo largo del siglo XIX, aunque no se crearon mecanismos de defensa y protección eficientes. De esta forma, si bien el Código Penal de 1848 -y los que le siguieron- regulaba la prohibición de las prácticas colusorias, no existían las herramientas necesarias que hicieran efectivo este mandato, lo que desembocó en la aparición de monopolios industriales y mercantiles⁹.

Es a partir de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia -de ahora en adelante, LRPRC- cuando se introduce en España una verdadera regulación general de las prácticas restrictivas de la competencia¹⁰, que se justifica, según dispone el Preámbulo, en la necesidad de consolidar la libertad de empresa y de crear las herramientas necesarias para su desarrollo a través del establecimiento de un sistema económico basado en la libre competencia. Dicho sistema partió de un planteamiento similar al de otros Estados, especialmente Estados Unidos, cuna del derecho moderno de la competencia a raíz de la promulgación, en 1890, de la *Sherman Antitrust Act*.

⁸Ana Belén Campuzano, Alberto Palomar Olmeda, Carmen Calderón. *El Derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Pág. 8.

⁹ Ibid., pág. 9.

¹⁰Alcaide Guindo, C. *La evolución de la política de defensa de la competencia*. Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, 2005, núm. 826, pág. 249.

La LRPRC se estructura sobre tres ejes principales¹¹:

- a) La inserción de la Ley en el orden público económico. El objetivo de la norma era superar el concepto tradicional que se tenía del orden público como salvaguarda del ámbito civil, penal y administrativo, encauzándose también hacia el ámbito económico.
- b) La inoportunidad de la tipificación penal de las prácticas restrictivas. La LRPRC sitúa al orden público económico en el marco de la regulación administrativa, dado que en aquella época la tipificación penal de los actos restrictivos de la competencia era especialmente compleja y atentaba contra el principio de proporcionalidad.
- c) La oportunidad de la Ley desde el punto de vista administrativo. Debido a la liberación del comercio exterior y a la supresión de la mayoría de las intervenciones administrativas en el mercado interior -en concreto, en materia de distribución y consumo-, se hace necesaria la existencia de herramientas que permitan delimitar el orden público económico para impedir que dicha supresión suponga un traspaso de potestades administrativas a los particulares.

La Ley contempla como prácticas restrictivas y contrarias al orden público económico dos supuestos: las prácticas restrictivas colusorias y las prácticas abusivas de las empresas con dominio de mercado. Las consecuencias jurídicas que se podían derivar de estas prácticas implicaban, por un lado, la nulidad de acuerdos de colusión y el resarcimiento entre particulares ante la jurisdicción civil ordinaria. Por otro lado, se establecieron también unas sanciones administrativas por entender que las prácticas restrictivas podían causar un grave perjuicio a la comunidad económica nacional y al desarrollo normal del mercado, obteniendo a la vez el causante de esta práctica un beneficio injustificado¹².

¹¹ LRPRC, III. *Puntos Fundamentales de la Nueva Ley*.

¹² LRPRC, IV. *Examen de la Ley*.

Los programas de Compliance como medida anticártel

Partiendo de este planteamiento, la LRPRC creó el Tribunal de Defensa de la Competencia, un órgano administrativo dependiente del Ministerio de Comercio dotado de la suficiente independencia como para realizar su función de manera desvinculada con el resto de órganos de la administración. Ante la existencia de una práctica restrictiva, el Tribunal podía llevar a cabo las siguientes actuaciones¹³:

- a) Requerir a los autores que cesen en ella, advirtiéndoles de las responsabilidades a las que pudieran verse sometidos en caso de no interrumpir su actividad. En caso de que uno de los interesados lo aprecie, el Tribunal podía establecer las medidas necesarias para corregir la práctica prohibida.
- b) Proponer al Consejo de Ministros que aplique una multa teniendo en cuenta el perjuicio causado a la economía nacional. No obstante, en ningún supuesto la multa podía ser superior al 30% del valor de lo facturado por la venta o prestación del producto objeto de la práctica sancionada.
- c) Reenviar el asunto a los Tribunales de Jurisdicción Ordinaria en cuanto que deben ser éstos los encargados de juzgar la responsabilidad penal de dicha práctica.

El esquema institucional se completaba con otro órgano administrativo creado en el Ministerio de Comercio, el Servicio de Defensa de la Competencia, cuyas principales funciones atribuidas por la Ley fueron las siguientes¹⁴:

- a) Llevar y mantener el Registro de Prácticas Restrictivas.
- b) Inscribir en el Registro los acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- c) Tramitar los expedientes que deban ser sometidos al Tribunal.
- d) Vigilar que las resoluciones del Tribunal se cumplan.

La LRPRC se mantuvo en vigor durante más de 20 años, haciéndose patente la necesidad de desarrollar una normativa más acorde con los nuevos tiempos y mercados sobre todo a partir de la entrada de España en la Comunidad Europea en 1986¹⁵. El marco normativo se actualizó con la promulgación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, si bien la Exposición de motivos de la misma no dista prácticamente de lo expuesto en el Preámbulo

¹³LRPRC, art. 15.

¹⁴LRPRC, art. 20.

¹⁵Ana Belén Campuzano, Alberto Palomar Olmeda, Carmen Calderón. *El Derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 15.

de Ley de 1963. Se señala la competencia como principio rector de la economía de mercado, ensalzándose el ejercicio de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española -CE-.

No obstante, en un intento de mejorar los defectos que pudiera tener la LRPRC, la nueva Ley también tomó inspiración de la normativa comunitaria relativa a la política de competencia. Así, en la nueva regulación española la libertad de competencia ya no se configuró en términos absolutos, sino que se buscó crear un marco de competencia “eficaz”, estableciéndose para ello posibles autorizaciones de las prácticas restrictivas bajo determinadas circunstancias, por ejemplo cuando contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico¹⁶.

En cuanto a su ámbito de actuación, la LDC es más amplia respecto a lo regulado por la LRPRC, incluyendo nuevos aspectos de la defensa de la competencia. De esta forma, además de establecer un sistema de control que limita la competencia en el mercado nacional y prohíbe conductas restrictivas o abusivas -menos en determinados casos autorizados, como se ha visto arriba-, la Ley regula otras prácticas que pueden tener efectos indeseables sobre el mercado y el interés general, en concreto las concentraciones económicas y las ayudas públicas.

El esquema institucional siguió una línea continuista con respecto a la LRPRC, manteniéndose tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, ambos bajo las órdenes del Ministerio de Comercio. Sin embargo, se les atribuyeron nuevas competencias como consecuencia de la propia ampliación del ámbito objetivo de la Ley y la influencia de la normativa comunitaria. El Tribunal pasó a tener, entre otras nuevas funciones, las de aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea; informar sobre las concentraciones económicas de dimensión comunitaria en caso de remisión por la Comisión europea; elaborar informes en materia de ayudas públicas; y actuar como órgano de arbitraje¹⁷.

¹⁶Así lo señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 208/1999, 11 de noviembre.

¹⁷Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, art. 25.

Los programas de Compliance como medida anticártel

Por su parte, al Servicio de Defensa de la Competencia, además de las funciones que ya tenía atribuidas, se le atribuyeron, entre otras, las de estudiar e investigar los sectores financieros en busca de posibles prácticas restrictivas de la competencia; informar, asesorar y proponer en materia de acuerdos y prácticas restrictivas, concentración y asociación de empresas, y sobre las demás cuestiones relativas a la defensa de la competencia; y cooperar, en materia de competencia, con organismos extranjeros e instituciones internacionales¹⁸.

Este panorama dio un vuelco a raíz de la Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre, del Tribunal Constitucional. Esta Sentencia vino a responder a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los representantes del Gobierno Vasco y del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, que consideraban que varios preceptos de la LDC no respetaban el orden constitucional de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ambas partes alegaron que el artículo 149.1 CE no atribuía competencias exclusivas al Estado en materia de defensa de la competencia, por lo que ésta podía asumirse por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos al amparo del precepto 149.3 CE.

El Tribunal falló a favor de los demandantes, al entender que, en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la CE no lo impidan, las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus Estatutos competencias ejecutivas en materia de “comercio interior” también lo hacen en materia de la defensa de la competencia. El ejercicio de estas competencias por parte de las Comunidades Autónomas debe conciliarse con la protección de la economía nacional y con la exigencia de un mercado único asentada en el artículo 149.1.13 CE, que otorga la competencia exclusiva al Estado “*sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*”.¹⁹

La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia –de ahora en adelante, LCC- vino a solventar este problema de coordinación competencial. Según establece, el Estado será competente respecto de aquellas prácticas anticompetitivas que alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado

¹⁸Ibid, art. 31.

¹⁹STC núm. 208/1999, de 11 de noviembre. Fundamento Jurídico 7.
Los programas de Compliance como medida anticártel

nacional, mientras que las Comunidades Autónomas serán competentes cuando el mercado afectado se corresponda con el ámbito territorial de una Comunidad en particular.

La LCC delimita aquellos supuestos en los que se considera que existe una conducta restrictiva de carácter supraautonómico -los llamados “puntos de conexión”-²⁰:

- a) Cuando la conducta restrinja la competencia en un ámbito supraautonómico, entre otras razones, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa implicada, la modalidad y alcance de la restricción, o sus efectos sobre los competidores y sobre los consumidores y usuarios.
- b) Cuando la conducta atente contra el equilibrio económico, adecuado y justo que debe regir las relaciones entre las diversas partes del territorio español.
- c) Cuando la conducta implique medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación de personas y bienes en todo el territorio nacional.
- d) Cuando la conducta compartimente los mercados o menoscabe la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

A fin de resolver los posibles conflictos de atribución de competencias que pudieran suscitarse entre las distintas Administraciones territoriales, la LCC crea la Junta Consultiva, un órgano consultivo especializado en el asesoramiento, mediante dictamen no vinculante, para la resolución de aquellos. La Junta está compuesta por un Presidente y un Secretario, ambos nombrados por la Administración del Estado, y dos representantes designados por la Comunidad Autónoma en conflicto -en caso de que haya más de una, se designará un solo representante por cada una de las Comunidades-²¹.

Por último, la LCC también prevé un mecanismo de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas a través del Consejo de Defensa de la Competencia, un órgano cuyo objetivo es promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia. Está integrado por un representante de cada Comunidad con competencias en materia de defensa de la competencia, un número igual de representantes de

²⁰LCC, art.1.

²¹LCC, art. 3.

la Administración del Estado, y un Secretario también nombrado por ésta. Entre sus funciones están las siguientes²²:

- a) Hacer un seguimiento de las políticas de defensa de la competencia adoptadas por las distintas Administraciones públicas.
- b) Promover el intercambio de información y la realizar estudios sobre los criterios seguidos por las distintas Administraciones en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia.
- c) Informar sobre los proyectos legislativos que afecten a las competencias ejecutivas que las Comunidades Autónomas tuviesen en materia de defensa de la competencia.

Establecido el marco de coordinación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, muchas de éstas ampliaron sus Estatutos y la correspondiente regulación autonómica con el objetivo de asumir competencias en materia de la defensa de la competencia. De esta forma, las Comunidades Autónomas que se han atribuido competencias en este ámbito son: Andalucía, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia y País Vasco. Todas ellas cuentan con órganos de instrucción y resolución propios. Otras comunidades como Murcia, Canarias, Madrid o Navarra sólo cuentan con organismos de instrucción, resolviéndose el procedimiento en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y otras comunidades como Asturias, Castilla La Mancha, Baleares, La Rioja o Cantabria no cuentan con autoridades en materia de competencia²³.

Actualmente, la principal normativa de defensa de la competencia se encuentra regulada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia -la “nueva” LDC-, que está desarrollada por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia -RDC-.

La propia Ley declara en su Preámbulo que la revisión del texto de 1989 responde a una doble necesidad: por un lado, armonizar la legislación española con la modernización del marco comunitario de defensa de la competencia, reflejada en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y

²²LCC, art. 5.

²³ASCOM. *Módulo 15. Defensa de la Competencia*. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016, pág. 493.

el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea; y por el otro lado, ajustar la antigua LDC a las reformas legales internas que se han producido en España, en particular a la atribución de competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia como consecuencia de la aprobación de la LCC.

Una de las principales novedades de la nueva LDC es la reestructuración de la autoridad administrativa competente para la aplicación de las normas de competencia²⁴. Se crea la Comisión Nacional de Competencia -CNC-, que integra el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en una sola entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena independencia orgánica y funcional, adscrita al Ministerio de Economía. Su función es la de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores productivos de la economía.

Otro cambio importante es la desaparición del sistema de autorización de las prácticas restrictivas que cumplan determinados requisitos, sustituyéndose por un sistema de “exención legal” en línea con el modelo comunitario²⁵. Así, dichas prácticas pasan a quedar exentas sin que sea necesaria decisión administrativa previa alguna a tal efecto. Asimismo, se introduce un umbral mínimo por debajo del cual no se sancionarán aquellas conductas que, por su limitada importancia, no sean capaces de alterar significativamente la competencia.

Finalmente, la LDC dota al régimen sancionador de una mayor seguridad jurídica al abandonar la indeterminación del modelo anterior²⁶. La nueva regulación realiza una graduación de las diversas infracciones y establece criterios claros para determinar la sanción aplicable, fijados de acorde con aspectos económicos de los infractores como el volumen de ventas. También se introduce un programa de exención o reducción de multa para empresas que, habiendo formado parte de un cártel, aporten información sobre el mismo -el denominado programa de clemencia-.

²⁴Guerra Fernández, A., Rodríguez Encinas, A. *La nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales novedades*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2007, 18, pág. 43.

²⁵Ibid., pág. 47.

²⁶Ibid., pág. 53.

El esquema institucional se ve nuevamente afectado por la publicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -LCNMC-, que conlleva la sustitución de la CNC por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -CNMC-. La CNMC es continuista en lo que respecta a su naturaleza jurídica, manteniéndose como entidad pública con personalidad jurídica que actúa con plena independencia. Además de asumir las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la CNC, aglutina las competencias de la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

2.2. Breve referencia al Derecho comunitario

El Derecho español de la competencia coexiste con el Derecho comunitario, cuya regulación en la materia se fundamenta en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, donde se prevé el establecimiento de un mercado común *“basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”*.

A fin de cumplir este objetivo, se deben eliminar las prácticas o conductas que restrinjan la competencia en ese mercado común. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE- regula dichas conductas en sus artículos 101, referente a los acuerdos entre empresas y las prácticas colusorias, y 102, referente al abuso de posición dominante. Ambos artículos han sido replicados en nuestra normativa interna, siendo los artículos 1 y 2 LDC un reflejo de los artículos 101 y 102 TFUE, respectivamente.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su Sentencia de 16 de julio de 1992 en el asunto C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia contra Asociación Española de Banca Privada (AEB)*, indica que la diferencia entre ambas normas radica en su alcance. Mientras la legislación comunitaria se centra en los obstáculos que las prácticas restrictivas de la competencia puedan suponer para el comercio entre los Estados Miembros,

la legislación española solo tiene en cuenta aquellas que tengan efectos sobre la competencia en el mercado nacional²⁷.

De este modo, para que se apliquen los artículos del TFUE, es necesario que la conducta anticompetitiva pueda afectar las relaciones comerciales transfronterizas entre dos o más Estados Miembros, perjudicando la libre circulación de mercancías o la prestación de servicios entre ellos. A este respecto, la Comisión Europea ha publicado una Comunicación no vinculante -Comunicación de la Comisión 2004/C 101/08 sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 101 y 102 del Tratado- en la que aclara que la afectación al comercio entre Estados también puede darse, de forma indirecta, en aquellos casos en que la conducta restrictiva se realice en un solo Estado Miembro, siempre que tenga efectos “apreciables” sobre el comercio intracomunitario.

La Comisión entiende que la apreciabilidad debe valorarse en cada caso concreto, pudiendo medirse en términos de volumen de negocios o de cuota de mercado. Así, considera que no existen efectos apreciables sobre el comercio intracomunitario cuando las prácticas restrictivas cumplan los siguientes requisitos²⁸:

- a) La cuota de mercado de las partes en conjunto y en cualquier mercado de referencia de la Unión Europea afectado por la conducta no es superior al 5%.
- b) En el caso de acuerdos horizontales, el volumen de negocios anual correspondiente a los productos o servicios cubiertos por el acuerdo no supera los 40 millones de euros en conjunto.
- c) En el caso de acuerdos verticales, el volumen de negocios anual correspondiente a los productos o servicios cubiertos por el acuerdo no supera los 40 millones de euros en conjunto.
- d) En el caso de acuerdos de licencia, el volumen de negocios será el volumen de negocios de los licenciatarios de los productos que incorporen la tecnología licenciada y el volumen de negocios del propio licenciante en esos productos.
- e) En el caso de acuerdos entre un comprador y varios proveedores, el volumen de negocios a tener en cuenta es el del comprador.

²⁷Sentencia de 16 de julio de 1992, asunto C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia contra Asociación Española de Banca Privada (AEB)*, párrafo 11.

²⁸Comunicación de la Comisión 2004/C 101/08 sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 101 y 102 del Tratado, punto 52.

- f) En el caso de acuerdos que se refieran a mercados emergentes la Comisión apreciará la posición de las partes en los mercados conexos o relacionados.

La Comisión hace especial mención a los cárteles, distinguiendo entre los que abarcan a varios Estados Miembros y los que abarcan un único Estado Miembro. Respecto a los primeros, éstos afectan de manera apreciable al comercio, perjudicando gravemente el mercado y las relaciones comerciales entre países miembros²⁹. En cuanto a los segundos, la Comisión contempla que éstos pueden afectar al comercio de los Estados Miembros ya que, por su propia naturaleza, los cárteles producen efectos en el mercado nacional, pero impiden la entrada en éste de competidores de otros Estados³⁰.

En caso de concurrencia entre ambas normativas, la relación entre ambas estará regida por el principio de supremacía del Derecho comunitario en caso de conflicto con el Derecho interno³¹. Asimismo, los artículos 101 y 102 del TFUE son directamente aplicables, lo que significa que crean derechos y obligaciones que los particulares pueden alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales³². Todo ello se manifiesta en las siguientes reglas³³:

- a) Si la práctica restrictiva está prohibida en el Derecho comunitario, no puede ser autorizada por el Derecho interno.
- b) Si la práctica está autorizada en el Derecho comunitario, no puede ser prohibida por el Derecho interno.
- c) Si la práctica no está prohibida ni autorizada en el Derecho comunitario, puede ser prohibida por el Derecho interno -lo que se conoce como la teoría de la doble barrera-.

²⁹Ibid, apartado 3.1.2.

³⁰Ibid, apartado 3.2.1.

³¹Este principio fue establecido por el TJUE en su sentencia del caso *Flaminio Costa v ENEL* (1964) ECR 585 (6/64).

³²El principio de aplicabilidad directa del Derecho comunitario fue establecido por el TJUE en su sentencia del caso *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963) 26/62.

³³Wolters Kluwer. Prácticas restrictivas de la competencia. Guías Jurídicas. [Internet]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAFWMsQ7CIBRFv0aWLmBjy8KidXAwcWBwMw94Ji9WaIA26d8LDk16l3tznIzmKQ4A5tnGIdglaibFtRgCifn1PXJa0TbnSRbM CYKXh05l7znkvngUA-XnXUTfVdNeq_IUq8TqhxnZGhC-OzM1_ZjJ1L0fURxaOHfhibiNnOdkITbomztGCz7T-ANLaMjvugAAAA==WKE

2.3. Concepto de cártel y exenciones

Los cárteles o concertos económicos se engloban dentro de las prácticas colusorias, que, junto con otras conductas como el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, son una de las actividades restrictivas de la competencia sancionadas y prohibidas por la normativa comunitaria y española de defensa de la competencia.³⁴

El artículo 101.1 TFUE estipula que son prácticas colusorias *“todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.*

El concepto de prácticas colusorias se ha formulado de forma similar en el artículo 1.1 LDC, cuya redacción, como vimos, se inspiró en la normativa comunitaria. Así, se definen como prácticas colusorias *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, 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 parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

³⁴ASCOM. *Módulo 15. Defensa de la Competencia*. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016, pág. 502.

- a) *La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.*

A partir de estos dos artículos pueden derivarse los elementos esenciales de las prácticas colusorias: el concierto de voluntades y la afectación de la competencia. Así, el primero de los presupuestos es que varias empresas coordinen sus actuaciones en el mercado, pudiendo plasmarse esa coordinación de diferentes formas: a) un acuerdo entre las partes, que puede ser expreso o tácito, verbal o escrito; b) decisiones o recomendaciones colectivas de asociaciones de empresas; y c) prácticas concertadas o conscientemente paralelas que implican una coordinación de actuaciones pero sin el respaldo de un acuerdo propiamente dicho³⁵.

El segundo de los presupuestos es que la actuación coordinada de las empresas tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado interior de la Unión Europea, o en todo o en parte del mercado nacional³⁶.

La expresión “tener por objeto” alude a aquellas actuaciones cuya finalidad sea la de alterar de modo directo la competencia, por lo que su mera existencia es razón suficiente para ser sancionadas. No es necesario, por tanto, que tengan efectos reales o potenciales sobre la competencia. Por su parte, la expresión “tener por efecto” se refiere a aquellas actuaciones que, no teniendo la finalidad de alterar la competencia, acaban afectando a ésta por el contexto en que se desarrollan y las diversas circunstancias concurrentes. En estos supuestos

³⁵ASCOM. *Módulo 15. Defensa de la Competencia*. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016, págs. 496-498.

³⁶Ibid., pág. 499.

sí es necesario probar los efectos reales o potenciales que las actuaciones puedan tener sobre la competencia, de lo contrario no son sancionables³⁷.

Cuando las prácticas colusorias se dan entre empresas que operan de forma independiente en el mismo nivel de la cadena de suministro, estamos ante lo que se conoce como un cártel. Así lo dispone la Comisión Europea en su Comunicación 2006/C 298/11, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, en la que define a los cárteles como *“acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores.”*.³⁸

En definitiva, un cártel es un acuerdo entre competidores para restringir la libre competencia en el mercado, lo que supone un claro perjuicio para los consumidores al no tener capacidad de decisión autónoma. Estas características son similares a las de un mercado monopolístico, aunque existe una diferencia importante: en el cártel, los beneficios se dividen entre todos los participantes de éste, mientras que, en el monopolio, todo el beneficio va a parar a una única empresa -la única que “compite” en el mercado-.

No todo acuerdo entre competidores está prohibido, ya que también pueden tener algún efecto positivo para el mercado. Así, por ejemplo, los acuerdos de especialización, en los que las partes se comprometen a fabricar un determinado producto de forma conjunta, contribuyen a mejorar el proceso de producción, redundando así en beneficio de los consumidores³⁹. Este tipo de acuerdos, aunque tengan efectos restrictivos sobre la competencia, pueden ser objeto de exenciones si cumplen con lo dispuesto en el artículo 101.3 TFUE o 1.3 LDC.

³⁷Ibid. Pags. 499-500.

³⁸Comunicación 2006/C 298/11, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, apartado 1.

³⁹ASCOM. *Módulo 15. Defensa de la Competencia*. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016, pág. 521.

El contenido de ambos artículos es prácticamente el mismo, estableciendo que la prohibición de las prácticas colusorias no será de aplicación cuando dichas prácticas supongan una mejora de la producción o distribución de los productos o promuevan el progreso técnico o económico, sin que: a) denieguen a los consumidores participar de forma equitativa en el beneficio resultante; b) impongan a las empresas interesadas unas restricciones no indispensables para alcanzar tales objetivos; y c) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia en relación a una parte sustancial de los productos contemplados.

Las excepciones contenidas en los artículo 101.3 TFUE y 1.3 LDC pueden aplicarse de dos formas distintas⁴⁰. Por una parte, está lo que se conoce como “exenciones por categorías”, muy comunes en el ámbito europeo. Supone la adopción de un determinado reglamento que regula la posibilidad de que ciertas categorías de acuerdos, aunque tengan efectos restrictivos sobre la competencia, puedan llegar a ser autorizadas bajo unos determinados requisitos. Entroncando con el ejemplo anterior, podemos citar el Reglamento (UE) nº 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

En aquellos supuestos en los que no exista ningún reglamento de exención, se puede llevar a cabo la aplicación directa de la exención. Para ello deberá procederse a un examen individual de cada acuerdo y los efectos que pudiera tener sobre la competencia en el mercado en que inciden, con el fin de determinar si concurren los requisitos exigidos por el artículo 101.3 TFUE o del artículo 1.3 LDC.

2.4 Detección y sanción. Programa de clemencia.

El desarrollo de conductas colusorias que consistan en cárteles está tipificado como una infracción muy grave⁴¹, que se sanciona con una multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa⁴². Además de la sanción anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes

⁴⁰Ibid., págs. 522-523.

⁴¹LDC, art. 62.4.

⁴²LDC, art. 63.1.

legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el cártel⁴³.

Los artículos 65 y 66 LDC permiten la exención del pago de las anteriores multas o la reducción de su importe a través del programa de clemencia, una de las novedades introducidas por LDC de 2007. Desde aproximadamente los años ochenta, el programa de clemencia se ha ido utilizando como una práctica exitosa en materia de defensa de la competencia en Estados Unidos y la Unión Europea. La LDC se inspira en el modelo comunitario contenido en la Comunicación de la Comisión Europea 2006/C 298/11, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel.

El programa de clemencia supone una recompensa para las empresas y personas físicas involucradas en cárteles que decidan a poner fin a su participación y a cooperar en la investigación. Según la Comisión, la naturaleza secreta de los cárteles los hace difíciles de descubrir y de identificar, por lo que sin la cooperación de los participantes serían difíciles de desarticular. Así, concluye, recompensar a aquellos que revelan la existencia de un cártel beneficia al interés general de la Unión Europea.⁴⁴

La CNMC se pronuncia en un sentido parecido en su Comunicación de 19 de junio de 2013, sobre el Programa de Clemencia, en la que expone los objetivos a los que responde el programa: a) facilitar la detección y el consecuente desmantelamiento de cárteles ocultos a instancia de uno de los participantes de éste; b) obtener información y elementos de prueba relevantes en aquellos supuestos en los que la CNMC ya se encuentra investigando un cártel para conseguir avanzar en su tramitación y estudio; y c) desincentivar la creación de nuevos cárteles, al imponer a los participantes de éstos cuantiosas multas.

De acuerdo con el artículo 65.1 LDC, la CNMC eximirá del pago de una multa a la empresa o persona física que sea la primera en aportar elementos de prueba que le permitan a la CNMC ordenar el desarrollo de una investigación, o comprobar una infracción del artículo 1 LDC, en relación con un cártel. No obstante, será necesario que, en el momento en que se aporten los elementos de prueba, la CNMC no tenga datos suficientes que le permita ordenar la investigación o establecer la existencia de la infracción.

⁴³LDC, art. 63.2.

⁴⁴Comunicación de la Comisión Europea 2006/C 298/11, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, apartado 3.
Los programas de Compliance como medida anticártel

La empresa o persona física que haya presentado la correspondiente solicitud de exención para colaborar con la CNMC en el desmantelamiento de un cártel, deberá cumplir una serie de requisitos, establecidos en el artículo 65.2 LDC:

- a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la CNMC a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.
- b) Poner fin a su participación en el cártel desde el momento en el que aporte los elementos de prueba, excepto si la CNMC considera que debe continuar con su participación con el fin de preservar la eficacia de la investigación.
- c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la investigación ni haber revelado a terceros su intención de presentar una solicitud ante las autoridades de competencia o su contenido.
- d) No haber sido promotora del cártel, es decir, no debe haber obligado a otras empresas a participar en el mismo.

El deber de cooperación de la letra a) se entenderá cumplido de forma plena, continua y diligente con la CNMC cuando el solicitante⁴⁵:

- a) Facilite a la Dirección de Competencia -DC-, el órgano competente para la iniciación e instrucción del procedimiento sancionador, toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el cártel.
- b) Responda sin demora a todo requerimiento de la DC que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos.
- c) Facilite a la DC entrevistas con los empleados de la empresa, incluso con los directivos actuales y anteriores.
- d) Se abstenga de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba relevantes relativos al presunto cártel.
- e) Se abstenga de divulgar a terceros la presentación de la solicitud, así como el contenido de la misma, antes de la notificación del pliego de concreción de hechos, o del momento que, en su caso, se acuerde con la DC.

⁴⁵RDC, art. 50.
Los programas de Compliance como medida anticártel

La tramitación de la exención puede llevarse a cabo a través de dos tipos de procedimiento: el ordinario y el abreviado⁴⁶. Respecto del procedimiento ordinario, se inicia a instancia de la empresa o persona física que haya participado en el cártel, debiendo presentar una solicitud formal ante la DC. La solicitud deberá ir acompañada de toda la información y elementos de prueba de que disponga el solicitante, entre los que debe constar, como mínimo, lo siguiente⁴⁷:

- a) El nombre o razón social y la dirección del solicitante.
- b) El nombre o razón social, la dirección de las empresas y los datos profesionales de todas las personas físicas que participen o hayan participado en el cártel.
- c) Una descripción detallada del cártel, incluyendo sus objetivos, actividades y funcionamiento; los productos, servicios y el territorio afectados; y la duración estimada y la naturaleza del cártel.
- d) Pruebas del cártel que permitan verificar su existencia.
- e) Una relación de las solicitudes de exención o de reducción del importe de la multa que el solicitante, en su caso, haya presentado o vaya a presentar ante otras autoridades de competencia en relación con el mismo cártel.

La solicitud se podrá hacer por escrito o verbalmente, siendo en este último caso grabada y transcrita en las dependencias de la CNMC. En el supuesto de que haya más de una solicitud, se atenderá al orden de recepción de las mismas, esto es, a la fecha y hora de entrada en el registro. Para evitar conflictos, el solicitante puede requerir la expedición de un recibo de la presentación de la solicitud, en el que deberá constar la fecha y la hora de entrada en el registro⁴⁸.

Una vez terminado el procedimiento, si el solicitante hubiese cumplido todos los requisitos del artículo 65.2 LDC, la CNMC, a propuesta de la DC, acordará la exención del pago de la multa. La exención concedida a una empresa también beneficiará a sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos y que hayan intervenido en el cártel, siempre que hayan colaborado con la CNMC.

⁴⁶Comunicación sobre el programa de clemencia de la CNMC.

⁴⁷Ibid, apartado 21.

⁴⁸Ibid, apartado 24.

La tramitación abreviada está prevista para los casos en los que la empresa quiera presentar una solicitud de exención ante la Comisión Europea, por ser ésta la autoridad de competencia mejor situada para conocer del cártel. El criterio seguido para determinar que es la autoridad mejor situada pasa por atender a la magnitud de los efectos que el cártel tenga sobre la competencia, debiendo afectar a más de tres Estados Miembros.

Las solicitudes abreviadas solo se podrán presentar cuando se trate de aportar elementos de prueba que permitan a la CNMC iniciar una investigación, no simplemente acreditar la existencia de una infracción. El contenido mínimo que dichas solicitudes deberán contener es el siguiente:

- a) Nombre o razón social y dirección de la empresa solicitante.
- b) Nombre o razón social y dirección de las empresas participantes en el cártel.
- c) Productos y territorios afectados por el cártel.
- d) Duración estimada y naturaleza del cártel.
- e) Estados miembros en cuyo territorio puedan encontrarse elementos probatorios del cártel.
- f) Información sobre las solicitudes de exención o de reducción del pago de la multa que el solicitante haya presentado o tenga intención de presentar ante otras autoridades de competencia en relación con el mismo cártel.

Si finalmente la autoridad de competencia encargada de conocer el cártel es la CNMC, el solicitante debe completar su solicitud en el plazo de diez días, a contar desde la fecha en la que la Comisión Europea comunique a la CNMC la asignación del caso a su favor, con toda la información y elementos de prueba necesarios para el desarrollo de la investigación⁴⁹.

En cuanto a la reducción del importe de la multa, el artículo 66.1 LDC establece que se concederá a las empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos del artículo 65.1 LDC, faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo a la investigación iniciada por la CNMC y, además, cumplan con los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del artículo 65.2 LDC. Se entiende que una prueba aporta un valor añadido significativo cuando permite aumentar la capacidad de la CNMC de acreditar los hechos de que se trate⁵⁰. El Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1869/2017,

⁴⁹RDC, art. 48.5.

⁵⁰RDC, art. 49.2.

de 12 de mayo, indica que es necesario que la actuación del solicitante “*facilite los fines de la investigación y que vaya más allá del simple deber de colaboración*”.

El procedimiento de reducción del importe de la multa es similar al procedimiento ordinario de exención, con la salvedad de que la DC podrá aceptar solicitudes de reducción de la multa después de haber notificado a las partes el pliego de concreción de los hechos, siempre y cuando la naturaleza o el contenido de los elementos de prueba aportados sean relevantes para la investigación⁵¹.

Al término del procedimiento, la CNMC fijará el porcentaje de reducción aplicable de acuerdo con las siguientes reglas, previstas en el artículo 66.2 LDC:

- a) El primer solicitante se beneficiará de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento.
- b) El segundo solicitante se beneficiará de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento.
- c) Los siguientes solicitantes podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento.

La reducción del importe de la multa que se realice a una persona jurídica será aplicable, en igual porcentaje, a la multa impuesta a sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos y que hayan intervenido en el cártel, siempre y cuando hayan cooperado en la investigación de la CNMC⁵².

Las solicitudes de exención y de reducción del importe de la multa serán tratadas de manera confidencial, formando una pieza separada especial en el procedimiento sancionador, donde se encontrarán toda la información y documentos aportados con la solicitud, incluido, en todo caso, la identidad del solicitante⁵³. Únicamente tendrán acceso los interesados a los datos que sean necesarios para responder al pliego de concreción de hechos⁵⁴.

Como cierre de este apartado, podemos concluir que los programas de clemencia vienen a desestabilizar unos acuerdos ya de por sí inestables, ya que las empresas que participan en cárteles tienen grandes incentivos para traicionar al resto de participantes y ganar así una cuota de mercado mayor que el resto. A la mínima que se empieza a sospechar que uno de los participantes pueda estar cooperando con la autoridad para desarticular el cártel, el resto de

⁵¹RDC, art. 50.3.

⁵²LDC, art. 66.4.

⁵³RDC, art. 51.1.

⁵⁴RDC, art. 51.2.

participantes también irán a denunciar la existencia de éste para solicitar la disminución de su multa.

El único inconveniente de los programas de clemencia es que la autoridad competente se ocupe únicamente de los cárteles denunciados a instancia de parte, creando en el mercado la sensación de que, si un participante de un cártel no denuncia, éste continuará existiendo y afectando al mercado. Por ello, es importante que la autoridad competente investigue de oficio la existencia de cárteles.

3. COMPLIANCE Y CÁRTELES

3.1. Programa de Compliance: antecedentes y concepto

Los programas de Compliance tienen su origen en Estados Unidos. Empezaron a aplicarse a finales de los años 50, pero no se desarrollaron de forma notoria hasta los años 70 a raíz de los grandes escándalos de corrupción de la época -Watergate y Lockheed, entre otros-, que provocaron un paulatino interés por la ética, la honestidad y la transparencia dentro de las relaciones comerciales. La ética en los negocios se postula en esos momentos como una necesidad, manifestándose en la promulgación de la Foreign Corrupt Practices Act -FCPA-.⁵⁵

Aprobada en 1977 por el Congreso de los Estados Unidos, la FCPA se justifica en las investigaciones realizadas por la Comisión de Bolsa y Valores, que destaparon sobornos a funcionarios públicos extranjeros por parte de empresas norteamericanas con el objetivo de obtener ventajas comerciales. Con este trasfondo, la FCPA busca acabar con estas prácticas corruptas e intentar reparar el daño causado al mercado, estableciendo para ello sanciones de tipo civil, penal y administrativo.⁵⁶

El enfoque sancionador de la FCPA demostró ser insuficiente, pues en los años 90 tuvieron lugar nuevos episodios de fraude y corrupción que hicieron resurgir las preocupaciones de la sociedad. En 1992 se promulgaron las Federal Corporate Sentencing Guidelines, una serie de pautas dirigidas a los jueces para que atenúen la pena de aquellas empresas que demuestren haber establecido políticas y conductas éticas para detectar y prevenir los incumplimientos

⁵⁵ASCOM. *Módulo 2. Ética empresarial*. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016, págs. 36-38.

⁵⁶Bonatti Bonet, F. *Memento Experto Sistema de Gestión de Compliance: estándares ISO y Une 19601*. 1ª edición. Francis Lefebvre – El Derecho.

legales. De esta forma, se intentó encontrar un equilibrio entre ética y beneficios económicos, incentivando a las empresas a que implementen sistemas de cumplimiento normativo⁵⁷.

Entrando ya en el siglo XXI, la ética empresarial cobró gran importancia y pasó a ser uno de los grandes temas a tener en cuenta por las empresas en su práctica comercial, como elemento en la toma de decisiones y de mejora en su reputación. La sociedad exigía a las empresas que se comportasen de forma transparente, que se comprometiesen con el desarrollo de sus entornos, y que fuesen honestas y responsables en sus comportamientos. Por esta razón, tras una serie de escándalos financieros con repercusión mundial -Enron, Tyco Internacional, WordCom o Peregrine Systems, entre otros-, el presidente George W. Bush promulgó la Sarbanes-Oxley Act de 2002 con el objeto de mejorar la protección de los inversores. Esta Ley establece una serie de medidas en relación a la información financiera divulgada por las empresas, como por ejemplo la creación de una junta de supervisión o la independencia de los auditores.⁵⁸

La Sarbanes-Oxley Act supuso un cambio decisivo para la regulación del compliance, ya que a partir de su aprobación las empresas se han tenido que enfrentar a exigencias más estrictas y extensas, tanto en los Estados Unidos como en Europa⁵⁹. En España, esta tendencia se tradujo en la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos. No obstante, esta responsabilidad podrá ser evitada con la adopción de un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir o reducir significativamente el riesgo de que los administradores y demás empleados cometan delitos.⁶⁰

Este nuevo escenario deja patente la necesidad de las empresas de implementar un debido programa de Compliance, ya que es la única forma de evitar la sanción. ¿Pero en qué consiste exactamente un programa de este tipo? Se podría definir como un conjunto de medidas, políticas, procedimientos o protocolos adoptados por las empresas para detectar, prevenir y

⁵⁷ASCOM. *Módulo 2. Ética empresarial*. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016, págs. 38-39.

⁵⁸Ibid, pags. 292-293.

⁵⁹Fortuny, M. (2014). *¿Qué sabemos del origen del Compliance Penal, el concepto de moda?* Diario Jurídico. [Internet]. Disponible en: <http://www.diariojuridico.com/que-sabemos-del-origen-del-compliance-penal-el-concepto-de-moda/>

⁶⁰Wolters Kluwer. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Guías Jurídicas. [Internet]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmtA3NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAsDdUqTUAAAA=WKE

mitigar la comisión de infracciones y evitar el incumplimiento de la normativa⁶¹. Los programas de Compliance buscan, asimismo, formar a los empleados de la compañía para que aprendan cómo actuar ante situaciones riesgo.

Los programas se diseñan a partir de las particularidades de cada agente económico, como su tamaño, sus recursos, el mercado en que opera o los competidores a los que se enfrenta⁶². Así, es posible identificar aquellas infracciones respecto de las cuales existe un riesgo más previsible de que puedan suceder, y desarrollar las herramientas necesarias que permitan disminuirlo. Por otro lado, los programas deben estar alineados con la voluntad real y efectiva de la entidad, por lo que no puede ser un manual vacío de contenido en el que únicamente se exprese aquello que se considera obligatorio. Debe proponer medidas para evitar o mitigar las conductas contrarias a la ley y, sobre todo, debe ser una manifestación de la voluntad y cultura de la entidad⁶³.

Por tanto, los principios en los que se basan los programas de Compliance son los siguientes:

- *Prevención*. La empresa elabora un conjunto de medidas, herramientas y protocolos adaptados a sus propias particularidades con el objetivo de evitar o disminuir las posibilidades de que se cometan infracciones.⁶⁴
- *Detección*. La empresa busca facilitar la identificación de las áreas de riesgo en las que se están produciendo o es posible que se produzcan infracciones y su inmediata puesta en conocimiento de los responsables de la empresa⁶⁵.
- *Rectificación*. La empresa, ante la detección de una infracción o posible infracción, busca rectificar la situación para volver a la senda de la legalidad⁶⁶.

⁶¹ASCOM. *Módulo 3. Elementos esenciales de un programa de Compliance*. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016, págs. 66-68.

⁶²Chile. Fiscalía Nacional Económica. *Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia de junio de 2012*. [Internet]. Material de promoción n°3. Pág.6 Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>

⁶³Écija, A. (2017). *Implantación de un programa de cumplimiento normativo... ¿Por dónde empiezo?* Ecix Group. [Internet]. Disponible en: <https://www.ecixgroup.com/implantacion-de-un-programa-compliance-por-donde-empiezo/>

⁶⁴Montt Oyarzún, S. (2011). *Programas de Compliance y responsabilidad en el Derecho de la Competencia chileno*. Revista De Derecho Administrativo, 10, 279. [Internet]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13666>

⁶⁵Ibid.

⁶⁶Ibid.

En materia de defensa de la competencia, los programas de Compliance tienen el objetivo de evitar que se infrinjan las normas de Derecho de la Competencia europeas y nacionales. Por tanto, se implementan mecanismos que permiten detectar áreas de riesgo en relación con esta materia y las actividades comerciales de las empresas, además de formar a los representantes legales, el personal de alta dirección y demás empleados en materia antitrust para que conozcan las prácticas anticompetitivas y sepan cómo actuar en el mercado en conformidad con la ley⁶⁷.

3.2. Beneficios de los programas de Compliance

Los programas de Compliance conllevan múltiples beneficios para aquellas empresas que los implementen de forma efectiva, ya que les ayuda a identificar sus puntos débiles y actuar en consecuencia.

Uno de los principales beneficios de los programas de Compliance es la prevención de las infracciones de la normativa en materia de competencia como consecuencia de la ignorancia de los empleados, que con sus actos pueden causar un grave perjuicio económico y reputacional a su empresa. Así, un programa de Compliance permite formar a los trabajadores y promover una cultura de cumplimiento, de forma que todos ellos sabrán cómo actuar ante la detección de una posible conducta anticompetitiva y cómo protegerse de ella. Para ello, es imprescindible que la formación capacite a los trabajadores para: a) conocer y entender la normativa de defensa de la competencia; b) velar por el cumplimiento de dicha normativa; c) en caso de detectar una infracción, comunicarla a sus superiores o al órgano competente; y d) saber cómo actuar ante una infracción.⁶⁸

⁶⁷Murphy, J. (2013). *What is an Antitrust Compliance Program?* Compliance Network. [Internet]. Pag. 2. Disponible en: <http://www.compliance-network.com/wp-content/uploads/2013/02/4th-edition-What-is-an-antitrust-compliance-program.pdf>

⁶⁸Chile. Fiscalía Nacional Económica. *Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia de junio de 2012*. [Internet]. Material de promoción nº3. Pág.16 Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>

Los efectos preventivos de la comisión de infracciones requieren una verdadera cultura de cumplimiento instaurada de forma transversal en toda la estructura organizativa de la empresa, debiendo de aplicarse en todos sus procesos, políticas y relaciones comerciales.⁶⁹

En segundo lugar, más allá de su función preventiva, los programas de Compliance permiten la rápida identificación de las infracciones que se hayan podido cometer, por lo que la empresa podrá adoptar rápidamente las medidas necesarias para evitar mayores consecuencias. De esta forma, la implementación de un programa de Compliance efectivo puede reportar beneficios en cuanto a las multas y/o sanciones, permitiendo que la empresa se beneficie de: a) la posibilidad de solicitar la adhesión al programa de clemencia -exención o reducción del importe de la multa, según el caso-; y b) la posibilidad de llegar a una solución extrajudicial, disminuyendo los costes del procedimiento⁷⁰.

Otro beneficio que genera un programa de Compliance es que contribuye a mejorar la reputación de la empresa. La preocupación por cumplir con las normas proyecta una imagen de confianza y seguridad no solo frente a clientes y proveedores, sino también frente a los propios empleados, pudiendo llegar incluso a atraer a talentos que ven positivamente trabajar en una compañía con valores éticos. Por esta razón, es conveniente que la empresa no publicite únicamente de modo interno su código de conducta o sus medidas de Compliance, sino que debe publicarlo de tal modo que cualquiera pueda acceder y conocer su política empresarial.⁷¹

En resumidas cuentas, los beneficios que reporta a las empresas el contar con un efectivo programa de Compliance son: a) la prevención de las infracciones de la normativa de defensa de la competencia, por lo que, consecuentemente, se evitan las sanciones económicas; b) la detección temprana de la comisión de infracciones, lo que permite a la empresa evitar o reducir los costes relacionados con el proceso sancionador; c) una mejor reputación, al valorarse positivamente por los proveedores y consumidores los esfuerzos de la empresa por cumplir con las normas.

⁶⁹Fernández Huguet, F. (2015). *Los Programas de Cumplimiento (Compliance programmes) en el Derecho de Competencia de la Unión Europea*. Doctorando. Universidad de Zaragoza. [Internet]. Pág. 25-26. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/32508#>

⁷⁰Chile. Fiscalía Nacional Económica. *Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia de junio de 2012*. [Internet]. Material de promoción nº3. Pág.17 Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>

⁷¹Bonatti Bonet, F. (coord.) *Máster en Compliance 2017-2018*. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Los programas de Compliance como medida anticártel

En atención a las anteriores consideraciones, un programa de Compliance no debería verse como un coste, sino como una inversión para el buen funcionamiento de la compañía y del mercado en general.

3.3 Elementos esenciales de los programas de Compliance

Pese a que no existe un programa estándar de Compliance, ya que, como hemos visto, éstos suelen contener elementos basados en las particularidades específicas de las empresas, lo cierto es que existen una serie de elementos básicos y necesarios que todo programa de Compliance debe de incluir. Dichos elementos son los siguientes:

- a) *Descripción de la normativa en materia de competencia*⁷². El programa de Compliance debe describir de forma clara, simple y comprensible para todos los trabajadores aquellos aspectos de la normativa europea y nacional en materia de competencia que afecta a la empresa. En nuestro caso, esto supone ponerlos al corriente de las prácticas anticompetitivas que pueden comportar la creación de un cártel -fijar precios, limitar la producción, repartir el mercado, etc.-, así como de las sanciones a las que se exponen si incurren en ellas.
- b) *Identificación de las prácticas prohibidas y riesgosas*⁷³. El programa debe contener un listado de aquellas prácticas que los trabajadores no pueden realizar en ningún caso, así como de aquellas sobre las que deberán tener un alto grado de cuidado por el riesgo de efectos anticompetitivos que comportan. A tal efecto debe darse a los trabajadores una formación adecuada para que sean capaces de identificar ese riesgo, sobre todo a aquellos que por razón de sus labores dentro de la empresa estén expuestos a un mayor riesgo de cometer infracciones.

Lo ideal es que la formación sea impartida por un profesional externo con experiencia en materia de competencia, y que los empleados se dividan en grupos de trabajo según su rango y el nivel de riesgo al que estén expuestos. El objetivo final es que sepan el procedimiento exacto que se debe seguir en el caso de que sepan o sospechen que una determinada conducta pueda dar lugar a una infracción de la normativa de competencia.

⁷²Francia. Autorité de la concurrence. Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. [Internet]. Pág. 25. Disponible en: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf

⁷³Ibid, pag. 7.

- c) *Habilitación de canales de comunicación y denuncia*⁷⁴. El programa de Compliance debe establecer vías de comunicación eficientes y efectivas por medio de las cuales los trabajadores puedan realizar una consulta o dar a conocer la comisión, o posible comisión, de alguna infracción al responsable del programa. En este último caso, el procedimiento de comunicación debe de garantizar el anonimato del denunciante para evitar cualquier tipo de represalias que pudieran tomar la empresa o los demás trabajadores.
- d) *Nombramiento del responsable del programa de Compliance*⁷⁵. El programa debe de designar a una persona de la empresa que se encargue de llevar a cabo y velar por la correcta implementación del mismo, recibiendo esta persona el nombre de “Compliance Officer”. Debe gozar de plena autonomía e independencia en el desempeño de sus funciones, respondiendo solo ante la alta dirección o el órgano de administración, y tener a su disposición todos los recursos humanos y económicos que pudiera necesitar.

Todos estos elementos deben recogerse de manera clara, comprensible y detallada en un manual escrito, que debe darse a conocer a todo el personal de la empresa, en particular a aquellos trabajadores que estén expuestos a un mayor riesgo de incurrir en alguna práctica restrictiva de la competencia. Lo más recomendable es tener el manual a disposición de los trabajadores de forma permanente en la página web de la compañía o en la intranet, así como entregárselo en mano a los recién contratados que entren a formar parte de la plantilla.⁷⁶

3.4. Compliance de competencia: ¿Cómo hacerlo efectivo?

Para que un programa de Compliance sea efectivo, debe contar con: a) el compromiso real de la empresa de cumplir con la normativa en materia de competencia; b) la identificación de los posibles riesgos actuales y/o potenciales a los que se expone la empresa; c) el desarrollo de herramientas y procesos encaminados a la consecución del compromiso adquirido por la empresa; d) la implicación de la alta dirección y los órganos de administración; e) mecanismos de revisión y auditoría; f) procedimientos de sanción e incentivos adecuados.

⁷⁴Bonatti Bonet, F. (coord.) *Máster en Compliance 2017-2018*. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

⁷⁵Murphy, J. (2013). *What is an Antitrust Compliance Program?* Compliance Network. [Internet]. Pag. 3. Disponible en: <http://www.compliance-network.com/wp-content/uploads/2013/02/4th-edition-What-is-an-antitrust-compliance-program.pdf>

⁷⁶Chile. Fiscalía Nacional Económica. *Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia de junio de 2012*. [Internet]. Material de promoción nº3. Pág.12-13 Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>

- a) *Compromiso real de cumplir con la normativa*⁷⁷. La implementación de un programa de Compliance no será realmente efectiva si no existe, en todos los niveles de la empresa, un compromiso de cumplir con la normativa. Por ello, es importante que la empresa transmita dicha intención de cumplimiento, tanto a nivel interno como externo, demostrando que ha creado una verdadera cultura de cumplimiento en materia de competencia.
- b) *Identificación de riesgos*⁷⁸. La empresa debe detectar cuáles son los riesgos, actuales y potenciales, a los que se enfrenta para poder eliminarlos o mitigarlos. No todas las compañías se encuentran expuestas a los mismos riesgos, dependiendo siempre de su situación concreta -actividad, tamaño, recursos, reputación, etc.-. Incluso es posible que dentro de una misma empresa cada departamento se exponga a riesgos distintos, por lo que resulta necesario identificarlos y actuar según lo requiera cada caso.

Para llevar a cabo esta identificación, es recomendable que la empresa lleve a cabo un estudio con la ayuda de un experto externo especializado en competencia. Una vez realizado este estudio, el programa de Compliance deberá de aplicar las medidas necesarias para prevenir, detectar o controlar los riesgos que se hayan identificado. La mayoría de los programas clasifican los riesgos en tres niveles -bajo, medio y alto-, y establecen más herramientas de apoyo y supervisión cuando los riesgos son catalogados como medios o altos.

La identificación de riesgos resulta imprescindible para diseñar el programa de Compliance, al basarse éste en las particularidades de cada empresa. Dado que dichas particularidades pueden cambiar, es necesario que el programa se encuentre en constante supervisión, adaptándose a las nuevas circunstancias y, por tanto, a los posibles nuevos riesgos que pueden surgir.

⁷⁷Francia. Autorité de la concurrence. Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. [Internet]. Pag. 6. Disponible en:

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf

⁷⁸Unión Europea. Comisión Europea, Dirección General de Competencia. *La importancia de cumplir las normas. Apartado 4: ¿Cómo puede una empresa velar por el cumplimiento?* [Internet]. Pags. 14-18. Disponible en:

<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en>

- c) *Desarrollo de herramientas y procesos para la consecución del compromiso adquirido*⁷⁹. Como ya se ha mencionado, es imprescindible que los programas de Compliance se basen en el compromiso de la entidad de cumplir con la ley. Por tanto, el programa debe establecer las herramientas y procesos que permitan a la empresa conseguir tal cumplimiento. El programa debe ser concordante con el código de ética y de conducta de la empresa, no pudiendo establecer relaciones comerciales, incentivos o beneficios incompatibles ni con la ley ni con su política moral.
- d) *Implicación de la alta dirección y órganos de administración*⁸⁰. La participación e intervención de la alta dirección y los órganos de administración en el diseño, desarrollo e implementación del programa de Compliance es imprescindible para crear una verdadera cultura de cumplimiento, ya que son quienes, en última instancia, se responsabilizan de garantizar el cumplimiento de la ley. Su implicación en el programa transmite al resto de empleados ese deber de cumplimiento, por lo que deben desempeñar un papel activo y mostrar su compromiso de manera clara y pública.
- e) *Mecanismos de revisión y auditoría*⁸¹. La empresa debe revisar periódicamente su programa de Compliance para detectar las deficiencias o debilidades que pudiera tener y corregirlas. Asimismo, debe adaptarlo a las nuevas circunstancias de la propia empresa, que pueden cambiar con el paso del tiempo -un nuevo mercado, una nueva área comercial, etc.-.

La auditoría, por su parte, tiene el objetivo evaluar la implementación del programa de Compliance en la empresa. Es conveniente realizar auditorías regularmente, con el fin de mantener el programa efectivamente integrado en la compañía con un objetivo preventivo y, además, realizarlas cuando se haya denunciado una infracción, con el fin de mitigar los riesgos y consecuencias que ésta provoque.

- f) *Procedimientos de sanción e incentivos adecuados*.⁸² El programa de Compliance debe contener, de manera expresa, las sanciones a las que se exponen los trabajadores que,

⁷⁹Bonatti Bonet, F. (coord.) *Máster en Compliance 2017-2018*. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

⁸⁰Canadá. Corporate Compliance Programs. 3 de junio de 2015. [Internet]. Disponible en: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html#s2_3

⁸¹Francia. Autorité de la concurrence. Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. [Internet]. Pag. 7. Disponible en: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf

⁸²Canadá. Corporate Compliance Programs. 3 de junio de 2015. [Internet]. Disponible en: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html#s2_3

ignorando el programa, cometen una infracción. Asimismo, es conveniente poner en práctica una serie de incentivos para mantener a los trabajadores motivados a seguir cumpliendo con la normativa, así como fomentar su participación activa en la detección y prevención de deficiencias en el programa de Compliance.

El objetivo de los programas de Compliance es evitar la comisión de infracciones en materia de competencia, por lo que resulta imprescindible que la empresa sea consciente de la necesidad y beneficios que le reporta cumplir con la normativa⁸³. Es decir, la cultura de cumplimiento, componente esencial en el que se basan los programas de Compliance, es el elemento a partir del cual se desarrollan una serie de procedimientos y medidas que determinan el compromiso de la empresa con el cumplimiento, real y efectivo, de la ley a todos los niveles jerárquicos y con el desarrollo y mantenimiento del programa de Compliance, el cual le permitirá detectar, prevenir y mitigar las posibles infracciones en materia de competencia.

4. PROGRAMA DE COMPLIANCE

4.1. Experiencia comparada

4.1.1. Chile

Con la intención de adherirse a la OCDE, Chile inició un proceso para adaptar su legislación a las exigencias internacionales que culminó con la Ley núm. 20.393, de 25 de noviembre de 2009, por la que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho⁸⁴. Esta Ley contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas de los delitos cometidos, directa o indirectamente, en su beneficio o interés, por aquellos que realicen actividades de administración y supervisión -o por aquellos que se encuentren subordinados a éstos-, siempre y cuando la empresa no hubiera tenido los suficientes mecanismos de dirección y

⁸³Forbes México (2016). *8 beneficios de los programas de cumplimiento en materia de competencia*. Forbes México. [Internet]. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/8-beneficios-de-los-programas-de-cumplimiento-en-materia-de-competencia/>

⁸⁴Muñoz Gajardo, S. (2017). *Panel i: experiencias comparadas en materia de Compliance penal*. II Congreso Internacional Compliance, 11 de mayo de 2017. Madrid.
Los programas de Compliance como medida anticármel

supervisión⁸⁵. La norma establece, además, que la sociedad quedará exenta de responsabilidad si hubiere adoptado e implementado un sistema de prevención de delitos.⁸⁶

Por otra parte, en junio de 2012, la Fiscalía Nacional Económica -FNE- publicó, tras un largo proceso de análisis y comentarios de agentes económicos, académicos y expertos en la materia, la guía “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia”.⁸⁷ Con esta guía, la FNE tiene el objetivo de incentivar a las empresas que operan en el mercado a adaptar e implementar en sus organizaciones mecanismos que detecten y prevengan infracciones de la legislación en defensa de la libre competencia. De este modo, la FNE intenta orientar a los agentes económicos de cómo debe ser un programa de Compliance y crear una verdadera cultura de cumplimiento.⁸⁸

Cabe destacar, no obstante, que dicha guía no tiene fuerza normativa y, por tanto, no es obligatoria para las entidades ni debe ser seguida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ni por la Corte Suprema, quienes decidirán si un programa de Compliance está eficazmente implementando atendiendo a las circunstancias y hechos de cada caso en concreto.⁸⁹

La guía expone que los programas de Compliance son un mecanismo efectivo de prevención, detección y control de los riesgos, al dotar a las entidades de las herramientas necesarias para actuar tempranamente y evitar que las infracciones no ocurran o mitigar sus efectos.⁹⁰ Por ello, uno de los pilares básicos de cualquier política de Compliance debe ser la formación de los empleados, ya que éstos serán los primeros que se enfrentarán a los riesgos y deben ser capaces de prevenirlos, detectarlos o, en su caso, disminuir las consecuencias⁹¹. Además, es

⁸⁵Chile. *Ley núm. 20.393, de 25 de noviembre de 2009, por la que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho*. Art. 3. [Internet]. Disponible en:

www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.doc

⁸⁶Ibid, Art. 4.

⁸⁷Chile. Fiscalía Nacional Económica. *Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia de junio de 2012*. [Internet]. Material de promoción nº3. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>

⁸⁸Ibid, pag. 2.

⁸⁹Ibid, pag. 2.

⁹⁰Ibid, pag. 4.

⁹¹Ibid, pags. 14-15.

importante que se realice un monitoreo y auditorías regulares que indiquen si el programa es efectivo y se encuentra implementado exitosamente en la compañía.⁹²

Asimismo, los programas de cumplimiento deben constar por escrito, para que todos los empleados de la compañía, proveedores e incluso terceras partes que quieran operar con ésta conozcan la política y cultura de la compañía. Este manual debe contener las medidas disciplinarias que se impondrán a aquellos que infrinjan el programa, con el objetivo de, por un lado, disuadirles de cometer infracciones y, por otro, cumplir con el principio de legalidad de que todas las sanciones consten por escrito previamente a la infracción.⁹³

Detalla la guía que todos los programas de Compliance deben ser elaborados de manera individual, atendiendo a las características y particularidades de la entidad, sus relaciones comerciales y el mercado en el que opera⁹⁴, pudiendo adoptar medidas alternativas de menor coste que tengan los beneficios de un programa de Compliance pero que impliquen menos recursos económicos. Por tanto, la guía debe servir de pauta a las entidades que quieran implantar un programa de Compliance, puesto que se indican los requisitos mínimos que, en opinión de la FNE, debería contener⁹⁵.

Según la guía, existen cinco requisitos básicos de un programa de Compliance: el compromiso de toda la organización; la eficiente identificación de riesgos; la alineación de la entidad con la normativa de libre competencia y la implicación de la alta dirección en el programa de Compliance *-tone from the top-*⁹⁶. También se indican los beneficios de su implementación: la detección, prevención y control de riesgos e infracciones; la posible exención o reducción de la multa en caso de infracción; y la oportunidad de llegar a un acuerdo extrajudicial en un proceso sancionatorio⁹⁷.

Pese a todos los esfuerzos realizados por las autoridades en materia de competencia, a día de hoy el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no ha conocido de ningún asunto en el que una empresa infractora haya alegado la existencia en su organización de un programa de

⁹²Ibid, pags. 4, 14.

⁹³Ibid, pags. 12-13.

⁹⁴Ibid, pag. 6.

⁹⁵Ibid, pag. 22.

⁹⁶Ibid, pags. 7-10.

⁹⁷Ibid, pags. 16-21.

Compliance con el objetivo de ver reducida su multa⁹⁸. No obstante, empiezan a aparecer casos en los que las entidades se encuentran obligadas a establecer programas de Compliance con el fin de mantener sus relaciones comerciales. Así ha ocurrido, por ejemplo, en el Informe de la FNE de 24 de agosto de 2017, sobre la operación de compra de Producciones Megavisión Ltda. y Sociedad Radiofusora Infinita, S.A.,⁹⁹ en el que uno de los compromisos a cumplir para mitigar los riesgos de esta operación es la implementación efectiva de un programa de Compliance de libre competencia.¹⁰⁰

Por tanto, los programas de Compliance están empezando a implementarse y a ser una obligación para aquellas entidades que quieren permanecer en el mercado y evitar ser multadas por posibles infracciones de la norma.

4.1.2 Estados Unidos

Se suele situar el origen de los programas de Compliance en Estados Unidos. Estos antecedentes se remontan a la década de los 80, cuando, para abordar las denuncias de fraude y la mala administración por parte del Gobierno, se creó la Comisión para la Gestión de la Defensa -también conocida como Comisión Packard-, que, en un informe de 1986, expuso que la desconfianza de la sociedad en el mercado se debía al fraude y abuso que existía en este¹⁰¹. Para resolver esto, la Comisión instó a los agentes económicos a que mejoraran sus procesos y relaciones comerciales, atendiendo a los códigos de ética e implementando controles internos para monitorearlos.

A raíz de esta recomendación, ese mismo año diversos altos cargos de empresas multinacionales se juntaron voluntariamente para redactar la *Defense Industry Initiative*, cuyos principios, que aún hoy en día siguen vigentes, fueron adoptados por numerosas empresas. Dichos principios son los siguientes¹⁰²:

⁹⁸Muñoz Gajardo, S. (2017). *Panel i: experiencias comparadas en materia de Compliance penal*. II Congreso Internacional Compliance, 11 de mayo de 2017. Madrid.

⁹⁹Chile. Fiscalía Nacional Económica. *Solicitud de Informe Previo de Producciones Megavisión Ltda. y Sociedad Radiofusora Infinita, S.A.* Santiago, 24 de agosto de 2017. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/08/ilp_621_2017.pdf

¹⁰⁰Ibid, pag. 40. Punto 94 III.

¹⁰¹Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct. *Origins of DII*. [Internet]. Disponible en: <http://dii.prod2.classfive.com/about-us/history/>

¹⁰²Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct. *DII Principles*. [Internet]. Disponible en: <https://www.dii.org/about/dii-principles>

- a) Implantar y adherirse a códigos éticos y de conducta escritos.
- b) Formar a los empleados en base a estos códigos.
- c) Fomentar los informes internos de infracciones del código, sin temor a las represalias.
- d) Implantar sistemas de monitorización para el efectivo cumplimiento de la normativa.
- e) Compartir las buenas prácticas y conductas éticas con otras organizaciones y participar anualmente en foros y congresos de buenas prácticas.
- f) Ser responsable ante la sociedad.

Como vemos, el origen de los programas de Compliance aparece ligado a la ética empresarial, por lo que en Estados Unidos el punto de partida en cualquier política de Compliance es el compromiso de las empresas con el cumplimiento de la ley¹⁰³. Esto se puede apreciar en el *Sentencing Guidelines Manual*, una guía sobre los programas de Compliance que recoge los aspectos del cumplimiento y la ética bajo una misma rúbrica¹⁰⁴.

Los programas de cumplimiento y ética, como señala la guía, deben estar debidamente diseñados, implementados y ejecutados con el fin de que el programa sea eficaz para detectar y prevenir conductas delictivas¹⁰⁵. La alta dirección y los órganos de administración deben conocer en profundidad el contenido del programa de Compliance y ética, ejerciendo una supervisión continua a fin de asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes de la empresa. Para ello, se crea la figura del Compliance Officer, que realizará una labor de control y monitorización del programa con la intención de informar sobre las deficiencias de éste y su posible solución¹⁰⁶.

La guía señala la necesidad de comunicar los estándares y procedimientos de sus programas a su personal y a terceros con los que vayan a mantener relaciones comerciales¹⁰⁷, además de contar con un canal de denuncias a través del cual se puedan reportar, de forma confidencial, las infracciones o irregularidades que se aprecien sin temor a represalias¹⁰⁸. Asimismo, la guía

¹⁰³ASCOM. *Módulo 2. Ética empresarial*. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016, págs. 36-38.

¹⁰⁴Estados Unidos. *United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2016. Chapter eight, part B*. pags. 530-538. [Internet]. Disponible en: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf>

¹⁰⁵Ibid, pag. 533.

¹⁰⁶Ibid, pag. 534-535.

¹⁰⁷Ibid, pag. 534.

¹⁰⁸Ibid, pag. 535

contempla la necesidad de establecer medidas disciplinarias, aplicables a aquellos trabajadores que incumplan con el programa y cometan una infracción o conducta delictiva¹⁰⁹.

A pesar de todo lo anterior, la autoridad en materia de competencia, la *US Antitrust Division*, es reticente a atribuir beneficios a aquellas empresas que dispongan de programas de Compliance y ética, insistiendo en que deben ser sancionadas si incurren en alguna práctica anticompetitiva. Esto se debe a que en Estados Unidos existen aún dudas acerca de que las políticas de Compliance y ética puedan aplicarse en materia de competencia¹¹⁰. Expertos en defensa de la competencia postulan que los programas de Compliance son ineficaces en esta materia debido a que la creación de un cártel es deliberada y voluntaria, y que basándose los programas de cumplimiento en la formación de códigos éticos ello resultaría contradictorio¹¹¹. Incluso hay quienes, defendiendo la aplicación de los programas de Compliance en materia de competencia, consideran que las auditorías serían incapaces de detectar los cárteles¹¹².

Todo esto, junto a la gran inversión de recursos humanos y económicos necesarios para el diseño e implantación de un programa de Compliance y ética, hace que en la actualidad sean escasos los programas que contemplen medidas antitrust. No obstante, parece que se vislumbra un cambio en el horizonte. El Departamento de Justicia de Estados Unidos, en su acuerdo de 19 de mayo de 2015 sobre el asunto *U.S. v. Barclays PLC*¹¹³, recomendó que se rebajase la multa de la entidad bancaria al haber realizado ésta mejoras en su programa de Compliance para prevenir y detectar conductas ilícitas¹¹⁴. En su acuerdo sobre el caso *U.S. v. Kayaba Industry Co., Ltd, d/b/a/ KYB Corporation*, del 16 de septiembre de ese mismo año, el Departamento se manifestó en el mismo sentido, alegando que las mejoras sustanciales

¹⁰⁹Rodríguez Míguez, J. (2015). *El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España*. Revista De Derecho De La Competencia Y De La Distribución. Wolters Kluwer, 17. Pag. 3. [Internet]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5315726>

¹¹⁰Estados Unidos. Department of Justice. *Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective*. July 2012. [Internet]. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/519776/download>

¹¹¹Murphy, J. (2013). *What is an Antitrust Compliance Program?* Compliance Network. [Internet]. Disponible en: <http://www.compliance-network.com/wp-content/uploads/2013/02/4th-edition-What-is-an-antitrust-compliance-program.pdf>

¹¹²Murphy, J. "Antitrust Compliance Programs: SCCE's Survey Says They Are Less Than They Should Be". 2012. [Internet]. Disponible en: <http://www.corporatecomplianceinsights.com/antitrust-compliance-programs-scces-survey-says-they-are-less-than-they-should-be/>

¹¹³Estados Unidos. United States District Court District of Connecticut. *United States of America v. Barclays*, de 20 de mayo de 2015. [Internet]. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/838001/download>

¹¹⁴Ibid, pages 11-12.

realizadas en el programa de Compliance demostraban la intención de la compañía de evitar la concurrencia de la infracción, por lo que debía reducirse la multa¹¹⁵.

Este cambio de postura se asienta con el discurso realizado por Brent Snyder, ayudante adjunto del fiscal general del Departamento de Justicia, en el Sexto Foro Anual de Chicago sobre Medidas Antitrust de 2015, donde expuso que el Departamento estaba dispuesto a considerar los esfuerzos que las empresas realizaran para implementar programas de compliance y cambiar la cultura empresarial con el objetivo de que la infracción anticompetitiva no volviera a ocurrir. De esta forma, Snyder se comprometió a tener en cuenta estos esfuerzos a través de una reducción de la multa, y concluyó su intervención explicando que los programas de Compliance requieren que la alta dirección lidere estas políticas, que tengan una tolerancia cero ante las infracciones y lleven consigo un cambio cultural en la organización¹¹⁶.

4.1.3. Canadá

La agencia de competencia de Canadá merece especial atención al haber elaborado en 2010 la *Corporate Compliance Programs*¹¹⁷. Esta guía ofrece una serie de orientaciones a las empresas que quieran implementar en sus organizaciones programas de Compliance creíbles y efectivos, proponiendo como requisitos básicos para que el programa sea eficaz: a) el compromiso y liderazgo de la alta dirección; b) el establecimiento efectivo de políticas y procesos de cumplimiento normativo; c) la formación del personal en competencia; d) el seguimiento y auditoria del programa; y e) el establecimiento de procedimientos sancionadores internos¹¹⁸.

¹¹⁵Estados Unidos. United States District Court Southern District of Ohio Western Division. *United States of America v. Kayaba Industry CO., Ltd. d/b/a/ KYB Corporation*, de 16 de septiembre de 2015. [Internet]. Disponible en:

<https://www.justice.gov/atr/case-document/file/791911/download>

¹¹⁶Snyder, B. *Speech at Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust*. Chicago, 2015. [Internet]. Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-sixth-annual-chicago>

¹¹⁷Canada. Competition Bureau. *Corporate Compliance Programs*. [Internet]. Disponible en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html>

¹¹⁸Rodríguez Miguez, J. (2015). *El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España*. Revista De Derecho De La Competencia Y De La Distribución. Wolters Kluwer, 17. Pag. 4. [Internet]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5315726>

La guía establece que, un buen programa de Compliance, debe ayudar a identificar los límites de la conducta permitida y a detectar situaciones de riesgo¹¹⁹. Asimismo, propone que la implementación de estos sistemas se desarrolle también en forma de acuerdos o resoluciones alternativas, como una condición que manifieste el cambio cultural de la organización.¹²⁰

Según la guía, un programa puede reportar, en sentido amplio, tres beneficios para las organizaciones que los implementen¹²¹:

- a) Indica el compromiso de la empresa en cumplir con la ley.
- b) Reduce los costes provocados por las infracciones.
- c) En el caso infracción, contar con un programa de Compliance ofrece la posibilidad de que la empresa vea reducida su multa.

Pese a que se trata de una mera guía sin valor o alcance normativo, su aplicación se hace indispensable al contener una serie de apéndices en los que se detalla el marco de un programa de Compliance, un modelo de carta para dirigirse a los empleados de la empresa y acreditar que conocen el programa y una lista de controles para certificar la correcta aplicación del programa¹²².

4.1.4. Reino Unido

En el Reino Unido, la *Office of Fair Trading* -OFT-, integrada hoy en día en un nuevo organismo, la *Competition and Markets Authority* -CMA-¹²³, publicó en 2010 una guía destinada a promover los programas de compliance en materia de competencia: *Drivers of Compliance and non-Compliance with competition law*¹²⁴. Esta guía se elaboró gracias a una investigación realizada por la OFT en relación con los agentes económicos que operaban en el

¹¹⁹Canadá. Competition Bureau. *Corporate Compliance Programs*. Preface “A good corporate compliance program helps to identify the boundaries of permissible conduct, as well as identify situations where it would be advisable to seek legal advice”. [Internet]. Disponible en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html>

¹²⁰Ibid, preface.

¹²¹Ibid, preface.

¹²²Rodríguez Miguez, J. (2015). *El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España*. Revista De Derecho De La Competencia Y De La Distribución. Wolters Kluwer, 17. Pag. 4. [Internet]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5315726>

¹²³Ibid, pag. 6.

¹²⁴Reino Unido. *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*. Office of Fair Trading (2010). [Internet]. Disponible en:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf

Los programas de Compliance como medida anticártel

mercado británico, a los que preguntó por las motivaciones que les impulsaban a cumplir con la normativa de competencia. Las respuestas destacaron, sobre todo, dos aspectos: los beneficios económicos y la atenuación de las sanciones.¹²⁵

Por esta razón, la OFT dispuso que la existencia de programas de Compliance se valoraría positivamente con una reducción de la multa de hasta un 10%. Dicha reducción, no obstante, requiere que las empresas desarrollen programas de cumplimiento debidamente implementados en la organización, por lo que se estudiará en cada caso concreto si se da esta premisa¹²⁶. Es decir, la empresa debe demostrar que las medidas adoptadas y su política de cumplimiento es la adecuada, atendiendo a sus características -tamaño y mercado- y a los riesgos a los que puede enfrentarse. Asimismo, la OFT advierte que, en determinados casos excepcionales, los programas de cumplimiento pueden ser tenidos en cuenta como circunstancias agravantes de la infracción, como, por ejemplo, en el caso de que se utilicen para ocultar conductas anticompetitivas o se implementen únicamente de cara a la galería -makeup Compliance-.¹²⁷

La guía, además de explorar las motivaciones de las empresas, incluye un modelo de programa de Compliance basado en cuatro pasos: a) identificar los riesgos a los que se debe enfrentar la empresa; b) valorar los riesgos detectados; c) decidir cómo mitigar estos riesgos; y d) revisar y evaluar constantemente el modelo implementado, como garantía de su eficacia.¹²⁸ La OFT da especial importancia al compromiso de la alta dirección para garantizar una correcta implementación de cada uno de estos pasos, ya que al situarse al frente de la empresa son los que deben encabezar dicha implementación y guiar a sus empleados, poniendo a su disposición los mecanismos que permitan la detección, identificación y mitigación de los riesgos¹²⁹.

¹²⁵Ibid, pags. 5-6.

¹²⁶Ibid, pags. 7-8.

¹²⁷Ibid, pag. 8.

¹²⁸Rodríguez Miguez, J. (2015). *El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España*. Revista De Derecho De La Competencia Y De La Distribución. Wolters Kluwer, 17. Pag. 6. [Internet]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5315726>

¹²⁹Reino Unido. *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*. Office of Fair Trading (2010). Pags. 45-48. [Internet]. Disponible en:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf

El desarrollo de los programas de Compliance en materia de competencia ha llegado hasta tal punto, que el *Competition Appeal Court*, en el caso *Kier Group PLC (y otros) v. Office of Fair Trading*¹³⁰, reconoció los esfuerzos realizados por una empresa, Kier Group, y le recompensó con una reducción de la multa del 15%, en vez del 10% estipulado. En la sentencia se detalla cómo el director ejecutivo de Kier Group fue informado acerca de una presunta infracción que le llevó a implementar, a los pocos días, un programa de cumplimiento integral al más alto nivel dentro de la empresa. La implicación de los directivos fue total, remitiendo un documento a todos los empleados informándoles de la implementación del programa. Por otra parte, la compañía colaboró en todo momento con la OFT durante el proceso de investigación¹³¹.

La última publicación de la CMA, *Competition Law Risk: A Short Guide*, es del 2016 y trata de ayudar a las empresas a cumplir con la ley en materia competencia, estableciendo los pasos que deben tomar para identificar y mitigar los riesgos. Asimismo, expone cómo debe actuar la empresa ante una infracción a través de un caso práctico, en el que se analiza la sanción impuesta al director de una empresa después de que se haya descubierto su participación en un cártel para fijar precios¹³².

En conclusión, vemos que los programas de Compliance en materia de competencia se encuentran muy arraigados en el Reino Unido. Tienen un largo recorrido y múltiples partidarios de su implantación, además del apoyo de la Administración que incentiva a las empresas para que los apliquen.

¹³⁰Reino Unido. Competition Appeal Tribunal [Internet]. Case number: 1114/1/1/09, Kier Group PLC v. Office of Fair Trading, de 11 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.catribunal.org.uk/files/2.1114;19;27;29;32;33_Construction_Judgment_11032011.pdf

¹³¹Ibid, pag. 73.

¹³²Reino Unido. Competition and Markets Authority. Competition Law Risk: a short guide, de 11 de noviembre de 2014. [Internet]. Disponible en : <https://www.gov.uk/government/publications/competition-law-risk-a-short-guide>

4.1.5. Francia

La autoridad de competencia francesa, la *Autorité de la Concurrence* -ADC- impulsó en 2012 la elaboración de los programas de cumplimiento antitrust con la publicación de la guía *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*¹³³. De acuerdo con esta guía, los programas de Compliance son herramientas que permiten a las empresas evitar la comisión de infracciones. Dichos programas se basan en la creación de una cultura de respeto y cumplimiento de las normas a través de la concienciación, sensibilización y formación del personal de la organización, contando, además, con medidas necesarias para la detección, prevención y tratamiento de posibles infracciones, como el monitoreo o las auditorías¹³⁴.

La ADC alienta a las empresas a adoptar políticas de Compliance, dedicando los recursos necesarios para garantizar su efectivo diseño e implementación con la garantía de que, en caso de comisión de una infracción, la multa puede verse reducida hasta en un 10%, siempre que exista realmente una cultura de cumplimiento real y efectiva dentro de la compañía¹³⁵.

Según el documento, los requisitos básicos de un programa de Compliance eficaz son los siguientes¹³⁶:

- a) El compromiso de la alta dirección y los órganos de administración *-tone from the top-*. Este compromiso debe ser la base de toda cultura ética empresarial, no siendo únicamente una obligación legal, sino una parte indispensable del comportamiento de la empresa. Asimismo, debe ser un compromiso público, conocido no sólo por los miembros de la entidad sino por toda la sociedad en general.
- b) La designación de personal encargado de desarrollar y vigilar el cumplimiento del programa de Compliance *-Compliance Officer-*. La guía establece las capacidades y competencias que deben reunir estas personas, así como las competencias que deben tener para llevar a cabo su labor.

¹³³Francia. Autorité de la concurrence. Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. [Internet]. Disponible en:

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf

¹³⁴Ibid, pag. 1.

¹³⁵Ibid, pag. 10.

¹³⁶Ibid, pags. 6-8.

- c) Formación del personal. Indispensable que todos los empleados de la compañía conozcan el programa y sepan detectar y mitigar los riesgos que se produzcan en el seno de la organización.
- d) Mecanismos de vigilancia, auditoría y denuncia. Se deben implantar herramientas para verificar que el programa se está ejecutando y que, en caso de contener errores o deficiencias, éstos se puedan reportar sin temor a futuras represalias.
- e) Mecanismos de supervisión del sistema. El programa de Compliance debe someterse a un monitoreo continuo con el objetivo de mejorar aquellos aspectos que no sean del todo eficaces.

4.2. Experiencia española

En nuestro país la implementación de los programas de Compliance es todavía escasa, al tener su origen en las recientes reformas del Código Penal de 2010 y 2015, que introdujeron en nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través del artículo 31 bis y siguientes. Como ya vimos, estos preceptos establecen que las empresas que hayan adoptado o ejecutado, con carácter previo a la comisión del delito, medidas de vigilancia y control dirigidas a prevenir la comisión de delitos podrán quedar exentas de pena -artículo 31 bis apartado 2 condición 1ª-. Asimismo, si la persona jurídica implementa medidas eficaces de prevención y detección de delitos antes de la etapa de juicio oral, podrá concedérsele una atenuación de la pena -artículo 31 quater letra d)-.¹³⁷

A raíz de este cambio de paradigma han empezado a emerger programas de Compliance, aunque, por ahora, se centran más en la responsabilidad penal que en otras materias. No obstante, sí es posible encontrar alguno dirigido a prevenir conductas contrarias al derecho de la competencia, si bien se trata de casos excepcionales. La razón de esto radica en el propio ordenamiento jurídico, en el que las infracciones cometidas en materia de competencia se regulan en los ámbitos civil y administrativo y no en el ámbito penal.¹³⁸

¹³⁷Wolters Kluwer. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Guías Jurídicas. [Internet]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmtA3NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAsDdUqTUAAAA=WKE

¹³⁸Balmisa, García Serrano, C. *Riesgos y controles en competencia desde la perspectiva reguladora*. 13 de noviembre de 2017. Máster en Compliance 2017-2018. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Los programas de Compliance como medida anticármel

Una primera aproximación entre el Compliance y el derecho de la competencia lo encontramos en la resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015 -expediente S/0482/13, Fabricantes de Automóviles-. En este caso, la Comisión sancionó con una multa de 171 millones de euros a 21 empresas y a 2 consultoras por intercambiar, de forma sistemática, información confidencial y altamente sensible sobre sus servicios de venta y postventa, como, por ejemplo, la venta de vehículos nuevos y usados o la prestación de servicios de reparación y mantenimiento.¹³⁹

Dos de las empresas infractoras -Chevrolet y General Motors- solicitaron que se valorase como una circunstancia atenuante el hecho de contar con un programa de Compliance que incluía medidas en materia de defensa de la competencia¹⁴⁰. La CNMC concluyó que de los hechos probados no se podía derivar que el programa de Compliance estuviese debidamente adaptado antes de la comisión de la infracción, y que el compromiso a posteriori de que se iba a implementar eficazmente no podía valorarse como una circunstancia atenuante¹⁴¹.

En esta misma línea se pronunció en la resolución de 17 de septiembre de 2015 -expediente SNC 0036/15, Mediaset-¹⁴², en la que la Comisión impuso una multa de 3 millones de euros a Mediaset por incumplir los compromisos a los que se veía obligada tras la fusión entre las cadenas de televisión Telecinco y Cuatro. En este caso, la compañía solicitó que se tuviese en cuenta que había adoptado un programa de Compliance durante la instrucción del proceso¹⁴³. La CNMC concluyó que, pese a que la adopción de estas medidas reflejaba la voluntad y el compromiso de cumplir con la normativa, su implementación se llevó a cabo de manera tardía, en un periodo posterior al valorado en la resolución, y, por tanto, no se podían valorar como una circunstancia atenuante.¹⁴⁴

¹³⁹España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución de 23 de julio de 2015, expediente S/0482/13, Fabricantes de Automóviles. Sala de Competencia. [Internet]. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/685749_0.pdf

¹⁴⁰Ibid, pag. 89. Fundamento de Derecho Séptimo.

¹⁴¹Ibid, pag. 89. Fundamento de Derecho Séptimo.

¹⁴²España, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución de 17 de septiembre de 2015, expediente SNC/0036/15 Mediaset, Sala de Competencia. [Internet]. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/698706_3.pdf

¹⁴³Ibid, pag. 56. Fundamento de Derecho 6.3.

¹⁴⁴Ibid, pag. 57. Fundamento de Derecho 6.3.

Ante la escasa presencia de programas de Compliance en materia de competencia, la CNMC decidió dar un impulso a su implementación al incluir, como parte de su acción estratégica - detallada en el Plan de Actuación del año 2016-¹⁴⁵, la necesidad de elaborar una guía de Compliance con el objetivo de facilitar a las personas jurídicas la detección y prevención de conductas anticompetitivas¹⁴⁶. Sin embargo, a día de hoy el Plan aún no ha sido auditado y, como expone Carlos Balmisa García-Serrano, Director del Departamento de Control Interno de la CNMC, esto se debe a la falta de cumplimiento de lo dispuesto en él. Balmisa detalla que, pese a que se crearon unos grupos de trabajo internos en la Comisión, estos aún no han empezado a trabajar en la guía de Compliance¹⁴⁷.

No obstante lo anterior, lo cierto es que se aprecia un cambio de tendencia en la CNMC, reflejado en su Resolución de 26 de mayo de 2016 -expediente S/DC/0504/14 AIO¹⁴⁸-, en la que sancionó con una multa de 128.8 millones de euros a 8 empresas, 1 asociación y 4 directivos por haber formado un cártel que fijaba los precios de los pañales para adultos distribuidos en farmacias. La novedad de esta Resolución, y que resulta importante para la introducción del Compliance en la defensa de la competencia, es que, por primera vez, se impuso una sanción a los directivos de estas entidades, en analogía del artículo 31 bis CP, que alude a la responsabilidad penal de las personas físicas que representen a la persona jurídica¹⁴⁹.

El gran cambio se produjo con la Resolución de 6 de septiembre de 2016 -expediente S/DC/0544/14, Mudanzas Internacionales-¹⁵⁰, en la que se impuso una sanción de 4.09 millones de euros a 15 empresas que constituyeron un cártel durante más de 15 años. Una de las empresas, AGS, solicitó que se valorara como atenuante el hecho de que, a posteriori de

¹⁴⁵España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2016). Plan de Actuación 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (pp. 20). [Internet]. Disponible en : <https://www.cnmc.es/novedades/2016-10-21-plan-de-actuacion-2016-267045>

¹⁴⁶Ibid, pag. 20.

¹⁴⁷Balmisa, García Serrano, C. *Riesgos y controles en competencia desde la perspectiva reguladora*. 13 de noviembre de 2017. Máster en Compliance 2017-2018. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

¹⁴⁸España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución de 26 de mayo de 2016, expediente S/DC/0504/14 AIO, Sala de Competencia. [Internet]. Disponible en : https://www.cnmc.es/sites/default/files/896962_7.pdf

¹⁴⁹Muñoz. R. *Competencia multa con 128 millones a siete empresas de pañales por inflar precios*. El País, 2 de junio de 2016. [Internet]. Disponible en: https://elpais.com/economia/2016/05/31/actualidad/1464712556_428265.html

¹⁵⁰España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución de 6 de septiembre de 2016, expediente S/DC/0544/14 Mudanzas Internacionales, Consejo. Sala de Competencia. [Internet]. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/963712_1.pdf

detectarse la infracción, hubiese implantado un programa de Compliance en el que se tenían en cuenta las normas de defensa de la competencia, amparándose en una aplicación análoga del artículo 31 quater CP.¹⁵¹

La CNMC finalmente se lo concedió, rebajándole la multa un 0.25 por ciento respecto a la del resto de infractores¹⁵². No obstante, la Comisión -siguiendo lo dispuesto por la Comisión Europea- consideró que el estímulo de las empresas para implantar en sus organizaciones programas de Compliance debería ser la prevención o, en su caso, la detección temprana de infracciones, no la evitación de sanciones. Contar con un programa de Compliance no comporta automáticamente una exención o atenuación de la multa, ya que se debe demostrar que el sistema se encuentra integrado de manera eficaz en la organización. Pese a ello, la CNMC dispone que la implementación a posteriori de programas de Compliance refleja el compromiso de cumplir con las normas, y, aunque ello no implica una atenuación directa de la multa, sí que puede considerarse una rebaja en su importe si dicha implementación encamina a las empresas a la adopción de una verdadera cultura de cumplimiento¹⁵³.

Por todo lo anterior, esta Resolución resulta esencial y representa un gran hito para la aplicación del Compliance en la protección de la libre competencia, al marcar el camino que se debe seguir *“para que los principios del derecho penal se apliquen al derecho administrativo sancionador”*¹⁵⁴. Además, supone un impulso importante para convencer a las empresas de la importancia de adoptar un programa de cumplimiento específico en derecho de la competencia.

El Plan de Actuación de la CNMC para el año 2017 sigue en esta misma línea al mencionar, en tres ocasiones, la importancia del Compliance en materia de competencia¹⁵⁵. La Comisión

¹⁵¹Ibid, pag. 103. Fundamento de Derecho 6.4.2 c).

¹⁵²Saiz, S. (2016). *Las multas de Competencia se rebajan gracias al 'compliance'*. Expansión. [Internet]. Disponible en :

<http://www.expansion.com/juridico/sentencias/2016/11/08/58221d6d268e3e34518b464e.html>

¹⁵³España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución de 6 de septiembre de 2016, expediente S/DC/0544/14 Mudanzas Internacionales, Consejo. Sala de Competencia. Pags. 103-105. [Internet]. Disponible en:

https://www.cnmc.es/sites/default/files/963712_1.pdf

¹⁵⁴Saiz, S. (2016). *Las multas de Competencia se rebajan gracias al 'compliance'*. Expansión. [Internet]. Disponible en :

<http://www.expansion.com/juridico/sentencias/2016/11/08/58221d6d268e3e34518b464e.html>

¹⁵⁵España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2017). Plan de Actuación 2017 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (pp. 9,11, 23). [Internet]. Disponible en :
Los programas de Compliance como medida anticábel

expone que, durante este año y en colaboración con la Asociación Española de Compliance - ASCOM-, se darían una serie de charlas y coloquios bajo el nombre de “*Diálogos de Compliance*” con el fin de trasladar al ámbito de la competencia las prácticas de cumplimiento y buen gobierno corporativo¹⁵⁶. Actualmente, dichas charlas continúan realizándose los últimos miércoles de cada mes en la sede de la CNMC, ubicada en Madrid.¹⁵⁷

Asimismo, una de las prioridades para este año es revisar y mejorar el funcionamiento del ámbito de defensa de la competencia, por lo que la CNMC se ha propuesto hacer una reflexión sobre la normativa e impulsar y reforzar la lucha contra las prácticas anticompetitivas, en especial contra los cárteles¹⁵⁸. Concluye que una de las herramientas más eficaces para ayudar en esa lucha son los programas de Compliance, por lo que una de las acciones estratégicas de la Comisión es continuar con el análisis iniciado en 2016 sobre dichos programas, así como reforzar el desarrollo de una cultura de cumplimiento a través de los mismos¹⁵⁹.

https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/201705_Plan%20de%20Actuaci%C3%B3n%202017.pdf

¹⁵⁶Ibid, pag. 9

¹⁵⁷CNMC. *Diálogos de Compliance*. [Internet]. Disponible en:

<https://www.cnmc.es/node/268496>

¹⁵⁸España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2017). Plan de Actuación 2017 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Pag. 11. [Internet]. Disponible en :

https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/201705_Plan%20de%20Actuaci%C3%B3n%202017.pdf

¹⁵⁹Ibid, pag. 23.

5. CONCLUSIONES

A tenor de los resultados obtenidos en la investigación, se extraen las siguientes conclusiones:

1. Los programas de Compliance en materia de competencia aún son incipientes en nuestro país. Las autoridades de competencia aún no han elaborado una guía en la que se den pautas u orientaciones a las entidades que quieran cumplir con la ley de manera efectiva, por lo que todavía queda mucho camino por recorrer.
2. La CNMC ha dado sus primeros pasos en los Planes de Actuación de 2016 y 2017, estableciendo como una estrategia a seguir la necesidad de adaptar los programas de Compliance al derecho de la competencia. Incluso se ha creado un grupo de trabajo, encargado de elaborar una guía que sirva a las empresas para saber los requisitos y elementos que debe contener un programa de Compliance. Sin embargo, el grupo aún no ha empezado a desarrollar esta guía.
3. De cara al futuro, sería importante que la CNMC elaborase una guía de Compliance en materia de defensa de la competencia, como ya han hecho otros países. Sería de gran ayuda para todas aquellas entidades que no quieren situarse fuera de la legalidad pero no saben cómo poner en marcha los mecanismos necesarios.
4. Los programas de Compliance en materia de competencia se han tenido en cuenta por nuestros tribunales a la hora de reducir multas por la comisión de infracciones de derecho de la competencia, por lo que, poco a poco, estos sistemas se van integrando también en nuestra jurisprudencia. No obstante, vamos por detrás en comparación con los demás países de nuestro entorno.
5. Países como Chile, Canadá, Reino Unido o Francia tienen, desde hace años, guías de Compliance en materia de competencia y cuentan además con una consolidación de los programas en competencia, al reducir las multas a aquellas personas jurídicas que tengan implantado o implanten un programa de Compliance.
6. Estados Unidos pone a la par el Compliance y la ética, asimilando que son dos conceptos que van de la mano y, por tanto, establece que los programas deben ser de Compliance y

ética. Así, estos programas son vistos no sólo como una forma de cumplir con la ley, sino que además debe crear una conciencia en la empresa.

7. Del estudio se desprende que, para que un programa de Compliance sea efectivo en materia de competencia, es necesario que las empresas adopten una cultura de cumplimiento a todos los niveles jerárquicos, debiendo entenderse como la existencia de unos valores éticos y de cumplimiento con la normativa.

8. Esta cultura de cumplimiento aportará numerosos beneficios a la compañía, como la evitación de sanciones económicas, la reducción de los costes relacionados con el proceso sancionador, o una mejor reputación.

9. La conclusión final a la que debemos llegar es que los agentes económicos del siglo XXI no tienen suficiente con cumplir la ley, deben tener implementados y adaptados a sus organizaciones códigos de conducta, programas y políticas de Compliance que comporten la creación de una verdadera cultura empresarial basada en la ética. Las relaciones comerciales basadas en estos principios mejorarán la competitividad no solo de las empresas, sino del mercado en general.

En Barcelona, a 14 de diciembre de 2017.

6. BIBLIOGRAFÍA

Al-Husban, M.M. *Desarrollo del Derecho de la Competencia: Unión Europea, España y Jordania*. Revista Universidad de Granada. 2011. [Internet]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=62903>

Alcaide Guindo, C. *La evolución de la política de defensa de la competencia*. Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, 2005, núm. 826

Alfaro Águila-Real, J. (2013). *Eficacia de los programas de clemencia*. Derecho Mercantil. [Internet]. Disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/11/eficacia-de-los-programas-de-clemencia.html>

Alfaro Águila-Real, J. (2013). *Programas de cumplimiento y multas por infracciones del Derecho de la Competencia. A propósito de Wils*. Derecho Mercantil. [Internet]. Disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/09/programas-de-cumplimiento-y-multas-por.html>

Alonso Cabezas, G. *La aplicación privada del derecho de la competencia: objetivos actuales y algunos retos a superar*. Repositorio Documental de la Universidad de Salamanca (2014). [Internet]. Disponible en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125301/1/TG_AlonsoCabezas_Aplicacion.pdf

Angulo Garzaro, A. (2014). *Los "compliance programmes" en el derecho de la competencia como medida preventiva de futuros procedimientos sancionadores*. Capítulo ix medidas alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho administrativo las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables, pp. 625-637. [Internet]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4852889>

ASCOM. Materiales para la preparación de la Certificación CESCO. 2016.

Balmisa, Garcia Serrano, C. *Riesgos y controles en competencia desde la perspectiva reguladora*. 13 de noviembre de 2017. Máster en Compliance 2017-2018. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Bello, M.P.; Hernández Rodríguez, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

Beneyto Pérez, J. M., Maillo González-Orús, J.: *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 845 a 876. [Internet]. Disponible en : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2660683

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*. Aranzadi.

Bonatti Bonet, F. (coord.) *Máster en Compliance 2017-2018*. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Bonatti Bonet, F. *Memento Experto Sistema de Gestión de Compliance: estándares ISO y Une 19601*. 1ª edición. Francis Lefebvre – El Derecho.

Borrell, J., Jiménez González, J., y Luna, Y. (2016). *Crímenes y castigos en la lucha contra los cárteles*. Economía Industrial, 398, 129-144. [Internet]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/102207>

Borrell Arqué, J., Jiménez González, J., y Ordóñez de Haro, J. (2014). *Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia*. Revistas ICE, 876, 17-36. [Internet]. Disponible en: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_17-36_D02162CAFD896C0AD2868D55E60D2B7.pdf

Broseta, M. *Manual de derecho mercantil*, 2 vols. Tecnos.

Casanovas Ysla, A. *Compliance Penal Normalizado*. El estandar UNE 19601. 1ª ed. 2017. Aranzadi.

Campuzano, A.B., Palomar Olmeda, A., Calderón, C. *El derecho de la Competencia*. Tirant lo Blanch, 2015.

CNMC. *Diálogos de Compliance*. [Internet]. Disponible en: <https://www.cnmc.es/node/268496>

Cuerdo Mir, M. (2016). *Globalización y cárteles internacionales*. La Albolafia: Revista De Humanidades Y Cultura, 6, 73-92. [Internet]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5384746>

Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct. *DII Principles*. [Internet]. Disponible en: <https://www.dii.org/about/dii-principles>

Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct. *Origins of DII*. [Internet]. Disponible en: <http://dii.prod2.classfive.com/about-us/history/>

Écija, A. (2017). *Implantación de un programa de cumplimiento normativo... ¿Por dónde empiezo?* Ecix Group. [Internet]. Disponible en: <https://www.ecixgroup.com/implantacion-de-un-programa-compliance-por-donde-empiezo/>

Esteban, A. (2016). *¿Qué es un cártel?* CNMC Blog. [Internet]. Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/>

Expansión. *El 'compliance', tema jurídico del año*. (2017). [Internet]. Disponible en: <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2017/06/26/5951438fe5fdea511e8b45f0.html>

Fernández Huguet, F. (2015). *Los Programas de Cumplimiento (Compliance programmes) en el Derecho de Competencia de la Unión Europea*. Doctorando. Universidad de Zaragoza. [Internet]. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/32508#>

Forbes México (2016). *8 beneficios de los programas de cumplimiento en materia de competencia*. Forbes México. [Internet]. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/8-beneficios-de-los-programas-de-cumplimiento-en-materia-de-competencia/>

Fortuny, M. (2014). *¿Qué sabemos del origen del Compliance Penal, el concepto de moda?* Diario Jurídico. [Internet]. Disponible en: <http://www.diariojuridico.com/que-sabemos-del-origen-del-compliance-penal-el-concepto-de-moda/>

García Cachafeiro F. *La “política de clemencia” en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*. Noticias de la Unión Europea, enero 2010.

Guerra Fernández, A., Rodríguez Encinas, A. *La nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales novedades*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2007, núm. 18.

International Competition Network. Cartel working group Subgroup 2: Enforcement Techniques. *Case resolution chapter*. (2011). [Internet]. Disponible en: <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc834.pdf>

Legal Today (2016). *La CNMC modula una sanción porque la empresa implantó medidas de compliance con posterioridad a la infracción y al inicio del procedimiento sancionador*. Legal Today. [Internet]. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-cnmc-modula-una-sancion-porque-la-empresa-implanto-medidas-de-compliance-con-posterioridad-a-la-infraccion-y-al-inicio-del-procedimiento-sancionador>

Madrenas Boadas, M.C. (2012). *Derecho de la empresa y del mercado*. Universidad de Barcelona.

Massaguer, J. /Folguera, J. / Sala Arquer, J.M./Gutiérrez, A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3ª ed., Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2012.

Montt Oyarzún, S. (2011). *Programas de Compliance y responsabilidad en el Derecho de la Competencia chileno*. Revista De Derecho Administrativo, 10, 277-290. [Internet]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13666>

Muñoz Gajardo, S. (2017). *Panel i: experiencias comparadas en materia de Compliance penal*. II Congreso Internacional Compliance, 11 de mayo de 2017. Madrid.

Muñoz. R. *Competencia multa con 128 millones a siete empresas de pañales por inflar precios*. El País, 2 de junio de 2016. [Internet]. Disponible en: https://elpais.com/economia/2016/05/31/actualidad/1464712556_428265.html

Murphy, J. (2013). *What is an Antitrust Compliance Program?* Compliance Network. [Internet]. Disponible en: <http://www.compliance-network.com/wp-content/uploads/2013/02/4th-edition-What-is-an-antitrust-compliance-program.pdf>

Murphy, J. (2012). *Antitrust Compliance Programs: SCCE's Survey Says They Are Less Than They Should Be*. [Internet]. Disponible en: <http://www.corporatecomplianceinsights.com/antitrust-compliance-programs-scces-survey-says-they-are-less-than-they-should-be/>

Murphy, J. (2012). *Assessing Anti-Cartel Compliance and Ethics Programs: A Guide for Enforcers*. Society of Corporate Compliance and Ethics. [Internet]. Disponible en: <http://community.corporatecompliance.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=4d768032-4b6f-4a33-88af-c81ef6d7df4d>.

Murphy, J., y Kolasky, W. (2012). *The role of anti-cartel compliance programs in preventing cartel behavior*. *Antitrust*, 26(2), 61-64. [Internet]. Disponible en: https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/Spring12-MurphyCThe%20Role%20of%20Anti-Cartel%20Compliance%20Programs%20In%20Preventing%20Cartel%20Behavi.pdf

Odriozola, M. (Dir.). *Derecho Español de la competencia*. Bosch. Barcelona, 2008.

Ortiz Blanco, L., Maíllo González-Orús, J., Ibáñez Colomo, P., Lamadrid de Pablo, A. *Manual de Derecho de la competencia*. Tecnos. Madrid, 2008.

Pascual Sequeros, A. (2016). *Derecho de Defensa de la Competencia*. Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).

Pérez Fernández, P. (2014). *La importancia de los programas de cumplimiento –Compliance Programmes- en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia*. *Revistas ICE*, 876, 75-90. [Internet]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4912085>

Pérez Fernández, P. (2013). *Competition Law Compliance*. Cuaderno Electrónico De Estudios Jurídicos, 1, 151-176. [Internet]. Disponible en: <http://www.ceej.es/pdf/perez.pdf>

Rodríguez Miguez, J. (2015). *El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España*. *Revista De Derecho De La Competencia Y De La Distribución*. Wolters Kluwer., 17. [Internet]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5315726>

Saiz, S. (2016). *Las multas de Competencia se rebajan gracias al 'compliance'*. Expansión. [Internet]. Disponible en:

<http://www.expansion.com/juridico/sentencias/2016/11/08/58221d6d268e3e34518b464e.html>

Sánchez Calero, F. *Instituciones de derecho mercantil*, 2 vols. Aranzadi.

Sanjuán García, P. (2008). *Reglamento de Defensa de la Competencia Infractores en busca de clemencia*. Lex Nova. [Internet]. Disponible en:

http://www.lexnova.es/pub_ln/revistas/revista_ln/revista51/38_Analisis.pdf

Signes De Mesa, J.I./Fernández Torres, I. /Fuentes Naharro, M., *Derecho de la Competencia*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters 2013.

Snyder, B. *Speech at Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust*. Chicago, 2015.

[Internet]. Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-sixth-annual-chicago>

Soto Pineda, J.A. *Vías de aplicación del Derecho de la Competencia*. Repositorio Universidad Autónoma de Madrid. 2012. [Internet]. Disponible en: [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/9885/50741_Soto%20Pineda Jesus Alfonso.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/9885/50741_Soto%20Pineda%20Jesus_Alfonso.pdf?sequence=1)

Steiner, S. (2017). *La implementación de Programas de Compliance como nuevo elemento moderador de las multas de competencia*. Togas. [Internet]. Disponible en:

<http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-la-implementacion-de-programas-de-compliance-como-nuevo-elemento-moderador-de-las-multas-de-competencia/>

Unión Europea. Comisión Europea, Dirección General de Competencia. *La importancia de cumplir las normas. Apartado 4: ¿Cómo puede una empresa velar por el cumplimiento?*

[Internet].Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en>

Wolters Kluwer. *Defensa de la Competencia*. Guías Jurídicas. [Internet]. Disponible en:

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEA>

[MtMSbF1jTAAAUMjI1NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwu1vPyU1BAXZxRVnpYgJiCV mWmVLvnJIZUFqbYlRaWpaqlJ-fnZKCrjYeYAAHIQ2ntpAAAAWKE#I6](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUMjI1NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwu1vPyU1BAXZxRVnpYgJiCV mWmVLvnJIZUFqbYlRaWpaqlJ-fnZKCrjYeYAAHIQ2ntpAAAAWKE#I6)

Wolters Kluwer. *Prácticas colusorias*. Guías Jurídicas. [Internet]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUNjM1NztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwu1vPyU1BAXZxRVnoYWhiC VmWmVLvnJIZUFqbYlRaWpaqlJ-fnZKCrjYeYAAAMheAoVpAAAAWKE

Wolters Kluwer. *Prácticas restrictivas de la competencia*. Guías Jurídicas. [Internet]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA FWMsQ7CIBRFv0aWLMbjy8KidXAwcWBwMw94Ji9WaIA26d8LDk16l3tznIzmKQ4A5t nGIdglaibFtRgCifn1PXJa0TbnSRbMCYKXh05l7znkvngUA- XnXUTfVdNeq_lUq8TqhxNZGhC-OzM1_ZjJ1L0fURxaOHfhbiNnOdkITbomztGCz7T- ANLaMjvugAAAA==WKE

Wolters Kluwer. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Guías Jurídicas. [Internet]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUMTA3NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt- ckhlQaptWmJOcSoAsDdUqTUAAAA=WKE

7. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

A) Legislación

- Legislación internacional

Chile. *Ley núm. 20.393, de 25 de noviembre de 2009, por la que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho*. Art. 3. [Internet]. Disponible en: www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.doc

- Legislación comunitaria

Unión Europea. Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht. [Internet]. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/tue.html

Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Vigente hasta el 1 de enero de 2013). [Internet]. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r3-ttce.html

Unión Europea. Reglamento (UE) 2015/1348 de la Comisión, de 3 de agosto de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. [Internet]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2015-81624>

Unión Europea. Reglamento (ce) no 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. [Internet]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2004/024/L00001-00022.pdf>

Unión Europea. Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. [Internet]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>

Unión Europea. Directiva 2006/114/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. [Internet]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2006/376/L00021-00027.pdf>

Unión Europea. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. [Internet]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>

Unión Europea. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. Diario Oficial de la Unión Europea C 298/17, de 8 de diciembre de 2006. [Internet]. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208(04)&from=ES)

Unión Europea. Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Diario Oficial de la Unión Europea C 101/97, de 27 de abril de 2004. [Internet]. Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/20.pdf>

Unión Europea. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea C 95/1, de 16 de marzo de 2008. [Internet]. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)&from=ES)

Unión Europea. Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 101 y 102 del TFUE. Diario Oficial de la Unión Europea C 101/81, de 27 de marzo de 2004. [Internet]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126113>

Unión Europea. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 102 del TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea C 45/7, de 24 de febrero de 2009. [Internet]. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224(01))

- Legislación nacional

España. Constitución Española, 1978. [Internet]. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html

España. Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. [Internet]. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd261-2008.s8.html

España. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. [Internet]. Disponible en : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2007.t1.html

España. Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. [Internet]. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l1-2002.html

España. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. [Internet]. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-1991.html

España. Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. [Internet]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1963-14051>

España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución de 6 de septiembre de 2016, expediente S/DC/0544/14 Mudanzas Internacionales, Consejo. Sala de Competencia. [Internet]. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/963712_1.pdf

España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución de 26 de mayo de 2016, expediente S/DC/0504/14 AIO, Sala de Competencia. [Internet]. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/896962_7.pdf

España, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución de 17 de septiembre de 2015, expediente SNC/0036/15 Mediaset, Sala de Competencia. [Internet]. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/698706_3.pdf

España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución de 23 de julio de 2015, expediente S/0482/13, Fabricantes de Automóviles. Sala de Competencia. [Internet]. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/685749_0.pdf

España. Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 196, de 16 de agosto de 2013. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2013/08/16/pdfs/BOE-A-2013-9022.pdf>

España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2017). Plan de Actuación 2017 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (pp. 9,11, 23). [Internet]. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/201705_Plan%20de%20Actuaci%C3%B3n%202017.pdf

España. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2016). Plan de Actuación 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (pp. 20). [Internet]. Disponible en: <https://www.cnmc.es/novedades/2016-10-21-plan-de-actuacion-2016-267045>

B) Jurisprudencia

- Tribunales Españoles

España. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 208/1999, de 11 de noviembre de 1999. Boletín Oficial del Estado núm. 300, de 16 de diciembre de 1999. [Internet]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3950>

- Tribunales Internacionales

Canadá. Corporate Compliance Programs. 3 de junio de 2015. [Internet]. Disponible en: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html#s2_3

Canada. Competition Bureau. *Corporate Compliance Programs*. [Internet]. Disponible en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html>

Chile. Fiscalía Nacional Económica. Solicitud de Informe Previo de Producciones Megavisión Ltda. y Sociedad Radiofusora Infinita, S.A. Santiago, 24 de agosto de 2017. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/08/ilp_621_2017.pdf

Chile. Fiscalía Nacional Económica. Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia de junio de 2012. [Internet]. Material de promoción nº3. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>

Estados Unidos. *United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2016*. [Internet]. Disponible en: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf>

Estados Unidos. United States District Court District of Connecticut [Internet]. *United States of America v. Barclays*, de 20 de mayo de 2015. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/838001/download>

Estados Unidos. United States District Court Southern District of Ohio Western Division [Internet]. *United States of America v. KA Yaba Industry CO., Ltd. d/b/a/ KYB Corporation*, de 16 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/791911/download>

Estados Unidos. Department of Justice. *Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective*. July 2012. [Internet]. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/519776/download>

Francia. Autorité de la concurrence. Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. [Internet]. Disponible en: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf

Reino Unido. Competition Appeal Tribunal [Internet]. Case number: 1114/1/1/09, *Kier Group PLC v. Office of Fair Trading*, de 11 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.catribunal.org.uk/files/2.1114;19;27;29;32;33_Construction_Judgment_11032011.pdf

Reino Unido. Competition and Markets Authority. Competition Law Risk: a short guide, de 11 de noviembre de 2014. [Internet]. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/competition-law-risk-a-short-guide>

Reino Unido. Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law. Office of Fair Trading (2010). [Internet]. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/oft1227.pdf

Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de julio de 1992. Asunto C-67/91, Dirección General de Defensa de la Competencia v. Asociación Española de Banca Privada (AEB). [Internet]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbd3367fd82c9a4d94ba9dc1ea8595a803.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLaxr0?text=&docid=97715&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1003628>

Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de julio de 1964. Asunto 6/64, Flaminio Costa v. ENEL. [Internet]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=843016>

Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 5 de febrero de 1963. Asunto 26/62, Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen. [Internet]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1405874>