

# LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EN BENEFICIO DE TODOS \*

Carla COHÍ ANCHÍA

Subdirección de Industria y Energía  
Dirección de Competencia  
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

«La competencia no solo es la base de la protección del consumidor, es el incentivo para el progreso».

Herbert HOOVER

## 1. INTRODUCCIÓN

El cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), no solo es una obligación de la que nadie puede eximirse, sino que tiene consecuencias beneficiosas para todos, tanto en términos económicos, como en términos sociales. Si bien los beneficios son evidentes para los mercados y para la sociedad en general, no lo son menos para las propias empresas.

En este sentido, los Programas de Cumplimiento, en la medida en que faciliten el conocimiento, el entendimiento y el cumplimiento de la LDC, pueden ser una herramienta muy útil para los distintos operadores de un mercado, y una inversión rentable en última instancia, para aquellos que se planteen su implantación.

Los Programas de Cumplimiento tienen sus orígenes en 1934 en los Estados Unidos de América<sup>1</sup> y se podrían definir, tal y como concreta la Autoridad Francesa de la Competencia<sup>2</sup>, como aquel conjunto de herramientas de las que pueden disponer los operadores económicos para aumentar las probabilidades de evitar las infracciones de las leyes que les son aplicables, en este caso, la normativa de Competencia.

\* Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales de la autora, y por lo tanto, de su exclusiva responsabilidad.

<sup>1</sup> Securities Exchange Act (1934).

<sup>2</sup> [http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/document\\_cadre\\_conformite\\_10\\_fevrier\\_2012.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf).

La consideración o no por parte de las Autoridades de Competencia, de los Programas de Cumplimiento corporativos a efectos por ejemplo, de la cuantificación de las multas en expedientes sancionadores, es un punto de debate recurrente en los diferentes foros sobre Competencia.

Si bien en nuestra normativa<sup>3</sup> la adopción de Programas de Cumplimiento por parte de las empresas, no se considera ni como un agravante ni como un atenuante a efectos de la imposición de sanciones en los casos en los que se acredita infracción, su existencia puede ser muy positiva, puesto que si son eficaces, allanan el camino de la empresa para cumplir con su obligación, que no deja de ser el cumplimiento de la Ley, y facilitan la consecución del objetivo que debería ser común para todos: el correcto funcionamiento del mercado.

Sin embargo, más allá de esta controversia, las empresas deben valorar si la tenencia o no de Programas de Cumplimiento efectivos, es beneficiosa desde el punto de vista económico de maximización de beneficios para ellas, más allá del efecto potencial sobre las sanciones que podría tener en caso de incumplimiento de la normativa de Defensa de la Competencia.

## 2. A NIVEL MICROECONÓMICO, LA DECISIÓN DE LA EMPRESA DE INVERTIR EN PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO ES UNA CUESTIÓN DE COSTES Y BENEFICIOS

La Competencia es un beneficio para todos, pero la Competencia es también una obligación para todos. Esta frase que se encuentra en la primera página de la *Guía de Asociaciones Empresariales* de diciembre de 2009 de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, se encuentra totalmente vigente. «Cumplimiento» y «Ley» son dos términos indisolubles, dado que la Ley nace con vocación de cumplimiento. El desconocimiento de los términos de una ley, no exime de su cumplimiento<sup>4</sup>.

Es más, cualquier operador que interactúe en un mercado, tiene la obligación de conocer cuáles son las reglas de juego en dicho mercado, y actuar en consecuencia, como agente económico que es, tratando de maximizar sus beneficios, teniendo en cuenta toda la información disponible.

En la fórmula de maximización de beneficios, la realización de una «inversión» en un Programa de Cumplimiento, bien diseñado y que pruebe ser realmente efectivo, puede reportar retornos evidentes para la empresa, cuantificables económicamente, que permiten rentabilizar esa «inversión» en formación y en concienciación del personal sobre el buen comportamiento en el mercado desde el punto de vista competitivo. Es decir, desde

---

<sup>3</sup> Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

<sup>4</sup> Art. 6 del Código Civil.

el punto de vista empresarial, la adopción de ese tipo de inversiones, puede ser un buen negocio, por varias razones.

Siguiendo con el fin último de las empresas desde el punto de vista económico, es decir, la maximización de beneficios, la creación de valor para sus accionistas, este tipo de decisiones pueden ser tomadas en términos de costes y beneficios.

El hecho de que una empresa sea vista como una entidad que realiza negocios éticamente, y en cumplimiento de las leyes, es decir, en cumplimiento de una suerte de responsabilidad social corporativa que incluye el actuar conforme a las leyes del libre mercado, reporta ventajas en términos de reputación de la empresa y de compromiso con la sociedad, lo que al final redunda en aspectos promocionales, que se traducen en mayores ventas y beneficios.

De hecho, en algunas grandes empresas son ya plenamente conscientes de ello, y las medidas o las estrategias que se toman en materia de competencia, o los compromisos en este ámbito, se reflejan en sus memorias anuales, como un apartado más en relación con la responsabilidad social corporativa. Por ejemplo, las principales empresas del IBEX 35 incluyen en sus memorias de responsabilidad corporativa y/o en sus códigos éticos una mención de su compromiso con el cumplimiento de las normas de Competencia, y todos estos esfuerzos se materializan en aspectos positivos.

Desde el punto de vista de la oferta, una empresa que actúa en esta línea, tiene más capacidad para captar recursos humanos cualificados, o proveedores de calidad que, atraídos por este tipo de comportamiento, desean trabajar con este tipo de operadores y sociedades, y contribuyen a la mejora del producto o servicio ofrecido lo que al final genera valor.

Desde el punto de vista de la demanda, los consumidores responsables, como agentes económicos racionales que son, toman sus decisiones de consumo y por tanto, de compra teniendo en cuenta esas variables, además de otros aspectos fundamentales como son la innovación, la variedad, la calidad, y evidentemente, el precio, que en un contexto de crisis, adquieren mayor relevancia.

Todas esas variables se potencian en un mercado competitivo, y *sensu contrario*, se pueden ver gravemente dañadas si la empresa forma parte de un cártel o lleva a cabo prácticas anticompetitivas. La consciencia por parte de la empresa, de esos daños cuantificables, costes en definitiva, permite optimizar la decisión en cuanto a si es económicamente rentable realizar una inversión en un Programa de Cumplimiento.

El dinamismo económico, la innovación, únicamente son posibles en un contexto de competencia y competitividad. La participación en un cártel, genera que la empresa se vuelva ineficiente: al no verse presionada por la necesidad de competir en el mercado, no siente la necesidad por ejemplo de innovar para diferenciarse de la competencia o introducir mejoras productivas que permitan ofrecer una mayor calidad a un precio asequible.

Cuando finalmente se detecta la participación de la empresa en un cártel o simplemente la empresa decide abandonarlo, probablemente haya perdido mucho terreno en esa labor de mejora y progreso, y en definitiva, la oportunidad de ofrecer mayor variedad y calidad al consumidor.

Los costes además pueden ser resultado del daño en la reputación de esta empresa frente a los consumidores, que, al final, son los más afectados por el comportamiento contrario a la competencia de las empresas y se sienten defraudados. En este sentido, el contexto de crisis en el que nos hemos visto inmersos, agrava más la decepción del consumidor ante una empresa infractora, y la sensación de engaño ante una empresa que, no solo no ha hecho un esfuerzo por ajustarse a un contexto adverso, sino que a través de acuerdos ilícitos o comportamientos anticompetitivos, se ha podido apropiarse de unas rentas que no le correspondían (como resultado por ejemplo, de mayores precios que los que habría habido en un entorno competitivo).

En relación con ello, precisamente una de las consecuencias de los cárteles más directas es el incremento de los precios en el mercado. En relación con este tema, un estudio de la OCDE realizado sobre varios cárteles, señalaba que el incremento medio de los precios en un contexto de cártel, era de entre un 10 y un 20 por 100 de media, pudiendo llegar incluso a alcanzar el 50 por 100<sup>5</sup>. Estos datos, en un primer momento y desde el punto de vista de la empresa «cartelizada», podrían hacer pensar en cuantiosos beneficios ilícitos, pero realmente, no solo los costes ya mencionados, sino el propio coste asociado a pertenecer a un cártel, puede ser muy superior a esos supuestos beneficios.

En primer lugar, la pertenencia a un cártel, supone el cumplimiento de unos acuerdos ilegales cuya ruptura no es denunciante ante los tribunales por parte de sus miembros. Es decir, en caso de incumplimiento de dichos acuerdos, no puede existir garantía de ningún tipo de compensación por los mismos. En segundo lugar, los cárteles son por definición, generalmente inestables, y es esta inestabilidad lo que a su vez lleva al incumplimiento de los acuerdos.

Dicha inestabilidad procede de la propia esencia de los cárteles. Si se fija por ejemplo un reparto de mercado por cupos de producción, para lo que a su vez se fijan unos precios mínimos de venta, por debajo de los cuales no se puede vender, siempre existirá el incentivo por parte de alguna empresa de tratar de aumentar sus beneficios, vendiendo más cantidad, sin que el cártel se percate. Incluso desde el punto de vista de las personas que participan en un cártel existe inestabilidad, al tener que basarse estos acuerdos en la confianza en otras personas que conscientemente infringen la ley, es decir, confiando en infractores.

Por supuesto, la Autoridad de Competencia también vela por que la inestabilidad de los cárteles sea, aún más si cabe mayor, aumentando la

<sup>5</sup> <http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf>

probabilidad de detección a través de instrumentos eficaces como los programas de clemencia, instaurados en muchas Autoridades de Competencia, entre ellas, la española, que lo puso en funcionamiento con la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

Los llamados «programas de clemencia», exoneran del pago de multa o reducen la misma, a aquellas empresas o personas físicas que habiendo participado en un cártel denuncien su existencia y aporten pruebas sustantivas para su investigación, siempre y cuando cumplan determinados requisitos.

La investigación de estos acuerdos o cárteles es una de las prioridades de la actuaciones de las Autoridades de Competencia, entre ellas la CNMC, ya que se trata de infracciones muy graves, y por las que se pueden imponer multas de hasta el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

La eficacia del programa de clemencia depende, por tanto, en gran medida, de los incentivos que tengan los posibles solicitantes para presentar solicitudes de exención y/o reducción de la posible multa, lo cual viene determinado por la multa que pueda imponérseles por su participación en el cártel y de la que quedará exonerado o cuya cuantía se verá significativamente reducida. El denunciar un cártel en el que se participa, es altamente beneficioso para una empresa participante, a través de la exoneración o reducción de la multa e introduce un elemento importante de inestabilidad, como se decía anteriormente, que ha probado ser muy eficaz.

El Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia y actual CNMC, ha resuelto desde la incorporación del programa de clemencia en la LDC española, 27 expedientes sancionadores en los que ha existido alguna solicitud de clemencia.

Es relacionado con este punto, donde de nuevo, la inversión en Programas de Cumplimiento puede tener su retorno.

En caso de detección de una infracción de la normativa de Competencia por parte de la empresa, significaría por un lado, que el Programa de Cumplimiento ha fallado en relación con la prevención, pero por otro, que al menos, se ha conseguido detectar la infracción. En este punto, el tiempo juega un papel muy relevante. Ya no solo se trata de que la empresa sea consciente de que ha cometido una infracción, sino de que si lo pone en conocimiento de la Autoridad de Competencia antes que el resto de miembros del cártel, puede beneficiarse incluso de una exención de la multa.

Es decir, la diferencia de consideración entre el primer colaborador con el programa de clemencia y el segundo, puede ser tal, que el conocimiento que pueden ofrecer los mencionados Programas ya hagan rentable la inversión en los mismos.

Pero para beneficiarse de tal exención, es necesario conocer qué tipo de información se debe aportar a la Autoridad de Competencia.

En la normativa española, ya se concreta en el preámbulo de la LDC, la introducción del procedimiento de clemencia, en virtud del cual se exonerará del pago de la multa a las empresas o personas físicas que, habiendo formado parte de un cártel, lo denuncien y aporten «pruebas sustantivas para la investigación» siempre que cesen en su conducta y no hayan sido instigadoras del acuerdo, o la reducción de multa para aquellas otras que no cumplan con los requisitos para la exención.

Se concretan en el art. 65 los requisitos para la exención de la multa y en el 66 aquellos para la reducción. En el primer caso, la empresa o persona física ha de ser la primera en aportar elementos que permitan ordenar una inspección en materia de Competencia, cuando no se disponía de elementos suficientes para ello o bien, la primera en aportar elementos que permitan comprobar la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC. Para ello, se deben cumplir algunas condiciones como son, la cooperación plena a lo largo del procedimiento, cesar en la participación de la infracción, a no ser que la CNMC considere que es mejor para la eficacia de la inspección la continuidad, no haber destruido pruebas ni haber revelado a terceros la intención de solicitar la exención de multa, y no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

En cuanto a la aplicación del art. 66 de la LDC, destinada a aquellas empresas infractoras que no cumplan con las condiciones para ser beneficiarias de una exención, deberán aportar elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo con respecto de aquellos de los que ya disponga la CNMC. Las reducciones previstas en este caso, variarían en función del orden de solicitud, siendo de entre el 30 y el 50 por 100 para la primera empresa (o persona física), de entre el 20 y el 30 por 100 para las segunda, y hasta el 20 por 100 para las sucesivas.

Por tanto, el conocimiento de la normativa de Competencia que un buen Programa de Cumplimiento puede ofrecer a la empresa y directivos de la misma, es fundamental para ser conscientes de la existencia del procedimiento de clemencia, pero también de la importancia que adquiere el elemento temporal de la solicitud de exención, así como la información que se debe facilitar a la Autoridad de Competencia para que esta le otorgue la exención de la multa, o al menos consiga la máxima reducción posible.

Teniendo en cuenta que las sanciones por infracciones de la normativa de Competencia se han incrementado sustancialmente en los últimos años, sobre todo a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, que supone el cálculo de la multa sobre el total del volumen de negocios de la empresa sobre el total del volumen y no solo sobre el volumen de negocios directamente relacionado con la actividad del cártel, el incentivo a implantar Programas de Cumplimiento efectivos es mucho mayor.

Además, existen otros casos en los que el conocimiento de la normativa puede llevar a una empresa investigada a la propuesta de terminaciones convencionales, como se contempla en el art. 52 de la LDC y art. 39 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Regla-

mento de Defensa de la Competencia, que en última instancia, suponen la adopción de compromisos por parte de la empresa, en expedientes que, de otra manera, pueden finalizar en sanciones.

Por último, el conocimiento de la normativa de competencia puede evitar ya no solo la imposición de multas para las empresas, sino también, cuestiones de responsabilidad civil como consecuencia de la reclamación de daños y perjuicios por terceros. En este sentido, el 5 de diciembre de 2014, se publicó en el *Boletín Oficial de la Unión Europea* la Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, *relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*<sup>6</sup>, en la que se contempla un plazo hasta el 27 de diciembre de 2016 para que los Estados miembros adopten su normativa nacional a las disposiciones de la Directiva.

Si bien en el caso español, dicha Directiva todavía no ha sido transpuesta, existen otras vías a través de las cuales, los infractores pueden enfrentarse a reclamaciones por ejemplo de indemnizaciones, a través de las denominadas demandas de daños y perjuicios «*follow on*» es decir, demandas de daños derivados de un cártel que ha sido condenado previamente por una Autoridad de Competencia. Un buen ejemplo de ello, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013<sup>7</sup> que condenó a Ebro Foods a indemnizar con 4,1 millones de euros a catorce fabricantes de dulces por la concertación de precios llevada a cabo con el resto de azucareras en 1995 y 1996.

Por tanto, ya sea por los beneficios que pueden reportar directamente a la empresa, al ayudarla a cumplir con la Ley, y a participar correctamente en los mercados fomentando el dinamismo y con ello, la innovación y progreso de la empresa siendo consciente del coste de oportunidad que supone el incumplimiento, como en caso de fallo, dotándole del conocimiento suficiente para tratar de paliar al máximo las consecuencias, los Programas de Cumplimiento pueden ser una inversión rentable.

### 3. A NIVEL MACROECONÓMICO: LA INVERSIÓN EN PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EFECTIVOS BENEFICIA A LA ECONOMÍA Y A LA SOCIEDAD EN GENERAL

Si bien a nivel microeconómico se han analizado los diferentes factores que pueden ayudar a la empresa a decidir invertir en un Programa de Cumplimiento en base a un análisis coste-beneficio, la economía y la sociedad en su conjunto se benefician de su existencia, y junto con la labor de las

<sup>6</sup> <http://www.boe.es/doue/2014/349/L00001-00019.pdf>.

<sup>7</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1.ª, Sentencia núm. 651/2013.

Autoridades de Competencia, contribuyen al correcto funcionamiento de los mercados.

Según datos de la OCDE<sup>8</sup> basados en diversos estudios empíricos en diferentes países, la existencia de competencia tiene efectos cuantificables desde el punto de vista macroeconómico, siendo un factor de crecimiento más de la economía y del bienestar, lo que justifica la existencia de organismos públicos independientes que velen por la Competencia, como un bien público de interés general con efectos sobre todos los ciudadanos.

Este factor de crecimiento se basa fundamentalmente en la productividad, a través de la innovación y la eficiencia en la asignación de los recursos, permitiendo que las empresas más eficientes ganen cuota de mercado en detrimento de otras menos eficientes. Además, no hay que olvidar que la cultura competitiva puede atraer también inversiones, alentadas por una mayor confianza en el mercado.

Asimismo, según el mismo estudio de la OCDE, los efectos de una mayor competencia van más allá de los mercados o sectores donde se ha introducido directamente. En especial, se hace hincapié en la importancia que adquiere la efectiva competencia en aquellos eslabones iniciales de la cadena productiva debido a sus efectos sobre los demás. Una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede llevar a una mejora de la productividad aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.

Si bien el mismo estudio señala que los efectos de la competencia sobre otras variables como son la desigualdad o el empleo no son claros o concluyentes, puesto que en el caso de la primera, podría parecer que se crea un marco de ganadores y perdedores, y en el caso del empleo, porque una mayor productividad pueda generar una menor necesidad de factor humano, sí que se apunta a que, en el caso de la desigualdad, al fin y al cabo, el efecto de un mayor precio, menor oferta o calidad, que son las consecuencias de las restricciones de la competencia, acaban afectando más a aquellos con menores rentas. En cuanto al efecto sobre el empleo, a pesar de lo señalado, se apunta a que *sensu contrario*, las limitaciones de competencia llevan a menor producción y por tanto, a menor empleo. Asimismo, también cabría pensar que el dinamismo económico en un país que genera confianza en cuanto al funcionamiento de sus mercados, entre otros factores, puede generar, como se avanzaba anteriormente, una atracción de inversiones que, sobre todo en el caso de ser inversiones directas, llevan aparejadas generalmente la creación de empleo.

Por tanto, si bien a nivel microeconómico los Programas de Cumplimiento pueden suponer inversiones rentables para las propias empresas, también a nivel macroeconómico, pueden coadyuvar, como un elemento más de difusión de la cultura competitiva, a la creación de un entorno dinámico que se traduzca en mayor bienestar para la sociedad.

<sup>8</sup> <http://www.oecd.org/daf/competition/factsheet-macroeconomics-competition.htm>.



#### 4. LA IMPORTANCIA DEL DISEÑO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

La instauración de un Programa de Cumplimiento por sí solo, no garantiza que vaya a ser efectivo.

Algunos autores han apuntado al riesgo de la utilización de los Programas de Cumplimiento como algo meramente estético, de cara a dar una imagen determinada de las empresas<sup>9</sup>. En este punto, las características, la implantación y su difusión son variables básicas, para que tanto ejecutivos como empleados, sean conscientes de las conductas que se pueden considerar ilegales, así como de los riesgos del incumplimiento de la normativa de Competencia y sus consecuencias. En este sentido, el diseño es fundamental.

Existen numerosas publicaciones gratuitas que pueden ser de una gran ayuda a la hora de diseñar un correcto Programa de Cumplimiento, desde la guía elaborada por la Cámara de Comercio Internacional<sup>10</sup> hasta la publicación de la Comisión Europea<sup>11</sup> «La importancia de cumplir», pasando por las guías publicadas por Autoridades de Competencia de diversos países<sup>12</sup>.

En todos ellos se hace hincapié en algunos aspectos fundamentales para tratar de obtener la mayores posibilidades de éxito y efectividad de dichos Programas.

En primer lugar, se precisa que el Programa sea sencillo y práctico, es decir, ante todo, debe comprenderse y poder aplicarse, de forma que toda la empresa sea consciente del alcance de la normativa de Competencia, pues en caso contrario, todos los demás puntos carecerán de validez.

Una buena comprensión de aquellas prácticas que están prohibidas, así como, en caso de infracción, las sanciones o el protocolo a seguir, es fundamental para garantizar el éxito del Programa. Pero no solo eso. También debe facilitar una comprensión correcta sobre lo que sí es posible realizar en el mercado, por ejemplo, en aplicación del art. 1.3 en el caso de la LDC española (101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), en el que los beneficios objetivos y las eficiencias posibles de un acuerdo pueden llegar a compensar los efectos negativos sobre la competencia (teniendo en cuenta siempre las limitaciones de dicha excepción). Ligado a lo anterior,

<sup>9</sup> K. D. KRAWIEC, «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance», 81 *Washington University Law Quarterly* 487, 491; PARKER y GILAD, «Internal corporate compliance management systems: structure, culture and agency», 171. K. VOSS, *Stockholms universitet, Juridiska fakulteten, Juridiska institutionen, Institutet för Europeisk rätt Europarättslig tidskrift*, 2013, vol. 16(1), pp. 28-43, Preventing the cure: Corporate compliance programmes in EU competition law enforcement

<sup>10</sup> The ICC antitrust compliance toolkit.

<sup>11</sup> [http://bookshop.europa.eu/es/la-importancia-de-cumplir-pbKD3211985/downloads/KD-32-11-985-ES-C/KD3211985ESC\\_002.pdf?FileName=KD3211985ESC\\_002.pdf&SKU=KD3211985ESC\\_PDF&CatalogueNumber=KD-32-11-985-ES-C](http://bookshop.europa.eu/es/la-importancia-de-cumplir-pbKD3211985/downloads/KD-32-11-985-ES-C/KD3211985ESC_002.pdf?FileName=KD3211985ESC_002.pdf&SKU=KD3211985ESC_PDF&CatalogueNumber=KD-32-11-985-ES-C).

<sup>12</sup> Por ejemplo, la «Competition and Markets Authority» de Reino Unido: <https://www.gov.uk/government/publications/how-small-businesses-can-comply-with-competition-law>.

se debe contemplar algún aspecto didáctico o de formación para asegurar no solo la comprensión, sino la interiorización de esa información.

Además, debe de ser diseñado específicamente para la empresa, teniendo en cuenta las características de la misma, como el tamaño y la organización, y el sector o el mercado en el que interactúa, pues la propia operativa del mercado es la que condiciona las acciones de los agentes que se encuentran en él. Existen mercados más o menos regulados, en los que las integraciones o relaciones verticales más o menos relevantes pueden marcar las negociaciones, o en los que las costumbres o hábitos adquieren gran importancia. Todos estos factores determinan la interacción de las empresas en el sector.

Por otro lado, la propia estructura de la empresa hace imprescindible un diseño personalizado del programa. No es lo mismo, por ejemplo, una pequeña empresa con una estructura organizativa sencilla, que una gran empresa con filiales y una estructura de personal mucho más compleja. Las diferencias en este caso, ya empiezan por la estrategia de difusión y comunicación del Programa, y en una fase posterior, en la auditoría o control.

En relación con lo anterior, algunas voces han apuntado en foros y debates, que los Programas de Cumplimiento pueden llegar a requerir cuantiosas inversiones. Si bien esto puede llegar a ser cierto en algunos casos, aunque como se ha comentado anteriormente los beneficios pueden superar los costes y riesgos, en otros casos, como los de las muy pequeñas empresas, la inversión en ellos no debería ser una barrera, pues el coste que supone para ellas puede ser realmente reducido, siendo más fácil llegar a todos los empleados, y controlar su implementación y cumplimiento.

Un elemento importante es el compromiso claro de la empresa con el cumplimiento de la normativa de Defensa de la Competencia, señalando su importancia. Algunas empresas como se mencionaba con anterioridad, lo incluyen en su código ético o como un elemento adicional en su compromiso de responsabilidad social corporativa, que en algunos casos, publican en sus propias páginas *web*. Estas pueden ser acciones que ayuden a concienciar a los directivos y ejecutivos que forman parte de estas organizaciones, de cuál es la línea o directriz ejecutiva de la empresa, la cultura de empresa, qué es lo que se espera de todos los que formen parte de ella.

Por ello, no solo es suficiente un compromiso claro, sino la exigencia del obligado cumplimiento por parte de todos los trabajadores. Para asegurar este cumplimiento, es necesario contar con un mecanismo interno de control, conocido por todos los miembros de la empresa, en el que se contemple la posibilidad de realizar quejas o consultas garantizando la confidencialidad, y con capacidad y mecanismos suficientes para poder ser efectivo.

Además, en caso de detección de infracción, el contar con un protocolo de actuación es factor básico para impedir la continuación de la conducta, y analizar los siguientes pasos a dar. Relacionado con lo anterior, un sistema

de incentivos y de sanciones, que se aplique realmente, puede ser un elemento disuasorio o fortalecedor más.

Por último, en esta lista no exhaustiva, no cabe olvidar la necesidad de evaluación y monitorización permanente del programa, para poder proceder a su revisión y actualización en función de las circunstancias, y asegurar que continúe siendo efectivo.

Todos estos factores, sin ser una lista cerrada, son fundamentales para que un Programa pueda ser realmente eficaz. De lo contrario, su tenencia puede llegar a ser una inversión poco rentable al no estar diseñado para garantizar el conocimiento y difusión entre los empleados de la normativa de Competencia.

## 5. EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA PARA PROMOVER EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA

El conocimiento por parte de las Autoridades de Competencia, sobre lo que lleva a las empresas y asociaciones a cumplir o no con la normativa, es un factor fundamental para tratar de promover su cumplimiento.

Numerosos estudios se han hecho eco de los factores o inductores más importantes para llevar al cumplimiento de la normativa de Competencia<sup>13</sup>, así como aquellos elementos que lo dificultarían. Entre los primeros se encontrarían la mala reputación para la empresa y las personas, las sanciones económicas, las sanciones criminales, la aplicación de la disciplina interna de la empresa así como la desacreditación profesional. Entre aquellos factores que obstaculizarían o no facilitarían el cumplimiento, destacarían la ambigüedad o falta de compromiso del equipo directivo con el cumplimiento de la normativa, o el hecho de que, al Programa de Cumplimiento de la normativa de Competencia se le dote de menos atención que a otros Programas de Cumplimiento (por ejemplo, de salud laboral, etc.).

Siendo conscientes de estos factores, las Autoridades de Competencia abogan por tratar de que los factores para el cumplimiento tengan más importancia, o que las empresas los tengan más presentes.

En este sentido, el mayor sistema de prevención, es el de asegurar que exista información fácilmente disponible, comprensible y precisa sobre la normativa de Competencia, así como facilitar su interpretación para la autoevaluación de las empresas o asociaciones. De hecho, se suelen encontrar esas informaciones en las páginas *web* de las Autoridades de los diferentes países, como en el caso de la CNMC<sup>14</sup>. Además, un instrumento

<sup>13</sup> Por ejemplo: «Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law», 1 May 2010, OFT.

<sup>14</sup> <http://www.cnmc.es/>.

Entre otras, <http://www.cnmc.es/es-es/competencia/gu%C3%ADapr%C3%A1cticaparaempresas.aspx>.

muy potente, es el de las acciones de promoción de la Competencia dirigidas a sensibilizar al público acerca de los beneficios de la misma a la vez que promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, por medio de mecanismos no coactivos, como los informes sectoriales.

Por otro lado en España, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>15</sup>, recoge en su art. 37, «publicidad de las actuaciones», que se harán públicas, entre otras, las resoluciones que pongan fin a los procedimientos, las que acuerden la imposición de medidas cautelares, la incoación de expedientes sancionadores, o la realización de inspecciones. La transparencia juega aquí un papel importante como factor disuasorio, pero también como mecanismo de difusión del conocimiento, además de como instrumento de control de la institución y de confianza para los ciudadanos.

Por otro lado, las mencionadas inspecciones, juegan un papel muy relevante a la hora de aumentar la probabilidad de detección de posibles infracciones, y aumentar el peso sobre los factores de cumplimiento. Solo en 2014, la CNMC ha inspeccionado a más de 40 compañías, en diferentes sectores, participando 240 inspectores en las mismas.

Las Autoridades de Competencia en aras a incrementar esa probabilidad de detección, ponen en marcha nuevas herramientas, que faciliten la toma de conocimiento de ilícitos. Un ejemplo de ello, en el caso de la CNMC, es la puesta en marcha del «buzón de colaboración», que ofrece la posibilidad de informar anónimamente de posibles ilícitos en materia de Competencia, y que ha tenido mucha incidencia desde su puesta en funcionamiento a finales de 2014.

En suma, el papel de las Autoridades de Competencia es fundamental para garantizar el correcto funcionamiento de los mercados tanto *ex ante*, a través de sus acciones de promoción o de control de concentraciones como *ex post*, con la aplicación de sus procedimientos sancionadores o con la vigilancia. En este sentido, las acciones llevadas a cabo por las Autoridades, deberían promover la voluntad de las empresas para cumplir con la normativa, teniendo en cuenta aquellos factores que la favorecen y que en última instancia, pueden traducirse en que la empresa decida invertir en Programas de Cumplimiento.

## 6. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: ¿ATENUANTES EN SANCIONES POR ILÍCITOS DE COMPETENCIA?

Como se mencionaba en la introducción, no son pocas las voces que solicitan la consideración como atenuante de los Programas de Cumplimiento en el cálculo del importe de las multas a las empresas, como un incentivo

<sup>15</sup> <http://www.boe.es/boe/dias/2013/06/05/pdfs/BOE-A-2013-5940.pdf>.

para que los operadores los adopten. En este punto, existe divergencia entre Autoridades de Competencia, desde aquellas que consideran estos programas efectivamente como un atenuante, como es el caso de Francia o Italia, y las que no tienen en consideración este concepto ni como agravante ni como atenuante, como es el caso de la Comisión Europea o la CNMC.

En el caso de Francia, el documento-marco de 10 de febrero de 2012 sobre los Programas de Cumplimiento de la normativa de competencia<sup>16</sup> contempla la reducción de la sanción en un 10 por 100 adicional, en caso de que los Programas cumplan determinados requisitos.

En cuanto a Italia, en la nota de prensa de 31 de octubre de 2014<sup>17</sup> sobre las nuevas directrices sobre sanciones, se recogía la posibilidad de considerar la adopción y efectiva aplicación de un Programa de Cumplimiento, como circunstancia atenuante en las sanciones.

Por el contrario, las autoridades de otros países no contemplan los Programas de Cumplimiento ni como agravante ni como atenuante, lo cual podría responder a diversas razones.

En primer lugar, la adopción de este tipo de programas ya se ve suficientemente «recompensada» o «incentivada» teniendo en cuenta los beneficios expuestos anteriormente en relación con la posibilidad de ser el primero en denunciar haciendo uso del programa de clemencia, al conocer la normativa de competencia. Asimismo, si el programa de cumplimiento es suficientemente efectivo, la empresa no se verá sometida a un procedimiento sancionador, ni a la publicidad que se da a los infractores, al publicar por ejemplo las resoluciones en las páginas *web* de las Autoridades de Competencia.

En segundo lugar, el mero hecho de que una empresa adopte un Programa de Cumplimiento no puede premiarse, generaría un efecto perverso, al adoptar un Programa con el objetivo de minorar la multa o sanción, y por tanto haciendo el coste de la infracción mucho menor, por ende, incentivando en cierto modo dichas conductas.

Por otro lado, si lo que se compensara fuera un Programa de Cumplimiento «efectivo», habría que definir y validar lo que se considera efectivo, lo cual requiere de recursos, y de la adopción de criterios concretos. Sin embargo, el hecho de que un Programa de Cumplimiento efectivo falle (lo que daría razón de ser a la imposición de sanciones y a plantearse su reducción en este caso) parece entrar en contradicción con el hecho de que se considere efectivo. En otras palabras: si falla, no está siendo efectivo, o no merecía ser considerado como efectivo. ¿Por qué premiar un programa de cumplimiento que ha fallado, luego que no era efectivo?

Además, es posible que, en línea con lo que el entonces Comisario de Competencia, Joaquín Almunia indicó en su discurso del 25 de octubre de

<sup>16</sup> [http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/document\\_cadre\\_conformite\\_10\\_fevrier\\_2012.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf).

<sup>17</sup> <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2187-antitrust-adopts-new-guidelines-on-sanctions.html>.

2010<sup>18</sup>, recompensando a las empresas que tengan implantado un Programa de Cumplimiento podría llegar a ser hasta discriminatorio, perjudicando a las pequeñas empresas, con menos recursos quizás para implementar un programa que cumpla las condiciones requeridas en relación con las empresas que cuentan con más recursos.

Otras voces apuntan a los propios incentivos que llevan a la menor efectividad de los programas en sí<sup>19</sup>. Por ejemplo, se señala que los grandes «cartelistas», generalmente, altos directivos, ya son perfectamente conscientes de la ilegalidad de sus actuaciones, y de los beneficios ilegales que un cártel les puede llegar a reportar, y hacen todo lo posible para no ser descubiertos. Asimismo, el responsable en la empresa de vigilar el cumplimiento de la normativa de Competencia, sería más consciente y conocería las infracciones y las fuentes o pruebas de la infracción, y podría tener mucha facilidad para eliminarlas o tratar de ocultarlas.

Por último, el cumplimiento de la Ley es una obligación para todos, y los agentes son los que deben poner todo su empeño para cumplirlo, ya sea a través de Programas o no, sin necesidad de que sea fundamental en la toma de decisiones a la hora de implantarlo, que en caso de incumplimiento, puedan ser beneficiarios de la reducción o exención de una posible sanción, más allá de que un Programa de Cumplimiento mínimamente efectivo, ya dota del conocimiento para que las empresas puedan beneficiarse de reducciones o exenciones de las sanciones.

Por tanto, el incentivo principal para la empresa en relación con este tema, debe ser el de comprometerse con el cumplimiento de la normativa a la que está sometida, y al respeto de las reglas del juego.

## 7. CONCLUSIONES FINALES

El cumplimiento de las leyes es una obligación para todos los operadores y agentes de los mercados, y por tanto, la normativa de Defensa de la Competencia debe ser observada por todos.

Los Programas de Cumplimiento, cuya adopción es voluntaria, pueden ser valiosas herramientas para las empresas comprometidas con el cumplimiento de la Ley de Defensa de la competencia, siempre que sean efectivos. Las empresas son las que deben valorar si merece o no la pena invertir en estas herramientas que pueden reportar beneficios cuantificables para ellas, incluso en los casos en los que estos puedan en algún momento fallar.

En efecto, los mencionados Programas, pueden ser útiles, como instrumentos *ex ante*, como prevención, al hacer plenamente conscientes a las empresas y trabajadores de las mismas, de los riesgos y costes de oportuni-

<sup>18</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-10-586\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm).

<sup>19</sup> E. LACHNIT, «Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities», *Utrecht Law Review*, 10(5), 31-50 (2014).

dad que la participación en un ilícito supone, o *ex post*, y por tanto, en caso de fallo del Programa, para la detección y subsanación de la infracción, y para tratar de iniciar cuando sea posible, un procedimiento de terminación convencional, e incluso para reducir o conseguir la exención total de una posible sanción.

En este último supuesto, existen posiciones encontradas entre aquellos que reclaman la consideración por parte de las Autoridades de Competencia, de los Programas de Cumplimiento como atenuantes de una posible sanción por infracción de la normativa, y aquellos más críticos, que estiman que no deben ser considerados ni como agravantes ni como atenuantes.

En cualquier caso, las Autoridades de Competencia teniendo en cuenta aquellos factores que motivan más a las empresas a la hora de promover entre sus empleados el cumplimiento de la normativa, pueden realizar un papel importante introduciendo nuevos instrumentos y estrategias y reforzando los existentes, con el fin de asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, lo que redunda en beneficios para todos los operadores y para la sociedad en general.

7. DETALLADOS

El presente artículo se divide en dos partes. En la primera se describen los aspectos más relevantes de los programas de cumplimiento de la normativa, y en la segunda se analizan los factores que motivan más a las empresas a la hora de promover entre sus empleados el cumplimiento de la normativa.

En primer lugar, se describen los aspectos más relevantes de los programas de cumplimiento de la normativa, y en la segunda se analizan los factores que motivan más a las empresas a la hora de promover entre sus empleados el cumplimiento de la normativa.

Los autores desearían agradecer a los miembros del Comité de Asesoramiento de la Comisión de Competencia por su colaboración y apoyo durante el desarrollo de este artículo. Los autores desearían agradecer también a los miembros del Comité de Asesoramiento de la Comisión de Competencia por su colaboración y apoyo durante el desarrollo de este artículo.

