

Guía de Compliance en materia de competencia



Lehiaren Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca de la Competencia

Introducción

La realidad económica es cada vez más sofisticada. Como consecuencia, el Derecho que tiene por objeto ordenarla (el Derecho de la competencia) necesariamente va adquiriendo mayor complejidad. A ello se le une la convivencia de dos regímenes normativos, el estatal y el europeo, aplicables de manera transversal a la mayoría de los sectores económicos.

Con esta guía, la Autoridad Vasca de la Competencia pretende aportar mayor seguridad jurídica a la aplicación de este entramado normativo. En concreto su objeto consiste en:

- poner de manifiesto las actuaciones contrarias a la libre competencia, con especial atención a las que son más frecuentes en la realidad empresarial,
- identificar los riesgos que las prácticas contrarias a la libre competencia suponen para las propias empresas, y
- dar unas pautas para que las empresas puedan prevenir la comisión de infracciones de la normativa de competencia, mediante la elaboración de programas de cumplimiento que incluyan protocolos internos, aplicados y supervisados por la figura del Compliance Officer.





Índice

CONOCER LA IMPORTANCIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

¿POR QUÉ DEBE PREOCUPARLE A UNA EMPRESA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA?	9
Los efectos beneficiosos de una política de libre competencia	
Los efectos negativos de las prácticas anticompetitivas	
¿QUIÉN ESTÁ SUJETO AL DERECHO DE LA COMPETENCIA?	22
El concepto de empresa en Derecho de la competencia	
La Administración pública como responsable de infracciones de competencia	
¿QUÉ PRÁCTICAS SON ANTICOMPETITIVAS Y ESTÁN PROHIBIDAS?	25
Las conductas colusorias	
El abuso de posición de dominio	
El falseamiento de la competencia por actos desleales	
¿QUÉ PRÁCTICAS NO ESTÁN PROHIBIDAS PERO SE DEBEN NOTIFICAR?	32
Las concentraciones de empresas	
Las ayudas públicas o ayudas de Estado de naturaleza económica	
¿QUÉ PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS SON LAS MÁS COMUNES, AUNQUE NO LAS ÚNICAS?	34
Acuerdos entre competidores (acuerdos horizontales)	
Acuerdos de distribución (acuerdos verticales)	
Conductas abusivas	
¿CÓMO AFRONTAR LAS POSIBLES PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL SENO DE LA EMPRESA?	48
¿Qué hacer si se detecta un conducta anticompetitiva en mi empresa?	
Una política de prevención en el seno de la empresa: el programa de cumplimiento	





EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE COMPETENCIA

EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE COMPETENCIA: ¿QUÉ ES Y QUÉ NO?	54
NO HAY UN MODELO ÚNICO VÁLIDO PARA TODAS LAS EMPRESAS	56
LOS ELEMENTOS A TENER EN CUENTA EN UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE COMPETENCIA	58
La sensibilización de la empresa en la cultura de competencia	
La elaboración del programa de cumplimiento	



Conocer la importancia de la libre competencia



¿Por qué debe preocuparle a una empresa el Derecho de la Competencia?

Existe una falsa percepción de que el Derecho de la competencia es una cuestión exclusiva de las grandes corporaciones. Es erróneo. En el contexto de la Unión Europea, el Derecho de la competencia es una política social, y como tal afecta a todos los segmentos de una sociedad. Su objetivo es proteger las libertades económicas en torno a la cohesión social (la economía social de mercado del art. 3 Tratado de la Unión Europea). La libre competencia ordenada a través del Derecho es la base para una sociedad más próspera y humana.

Los efectos beneficiosos de una política de libre competencia

¿En qué se beneficia mi empresa compitiendo?

¿Quién más sale ganando?

Los efectos negativos de las prácticas anticompetitivas

Para los sectores más desfavorecidos

- La empresa pequeña
- El emprendedor que quiere acceder al mercado
- El consumidor con pocos recursos económicos

Para el bienestar social

Para la empresa que participa en la conducta

- Sanciones económicas públicas y privadas
 - Multas
 - Indemnizaciones por daños y perjuicios
- Prohibición de contratar con la Administración pública
- Responsabilidad penal
- Costes en términos reputacionales
- Costes en recursos humanos
- Nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia



Los efectos beneficiosos de una política de libre competencia

¿En qué se beneficia mi empresa compitiendo?



Desde una perspectiva cortoplacista, no competir puede resultar atractivo en la medida en que no requiere esfuerzo. Ciertamente, competir implica destinar mayores recursos a un especial cuidado y diligencia del negocio. Ahora bien, no se trata de un sacrificio, sino de un esfuerzo en mejorar, tanto en la organización y estructura interna de la empresa como en el resultado del producto o servicio. A largo plazo, esta actitud tiene efectos positivos en el propio empresario:

- En el plano de la organización interna del negocio, competir se puede traducir en una reducción de los costes de producción y, por tanto, en un incremento directo de los beneficios.
- En el plano del producto o servicio resultante, competir implica innovar y con ello presentar al mercado una oferta más atrayente que redonda, de nuevo, en un aumento de los beneficios. La ausencia de innovación, con el tiempo, reduce la demanda.

En definitiva, una buena competencia contribuye a mejorar el rendimiento del negocio.

¿Quién más sale ganando?



LAS PERSONAS CONSUMIDORAS: La suma de la innovación y la reducción de los costes de producción tiene como beneficiarios directos a los consumidores y usuarios. Estos tienen más oferta donde elegir, mayor calidad de los productos o servicios y mejores precios.

Ejemplo

En un estudio sobre el mercado de Inspección Técnica de Vehículos, la CNMC demostró cómo con el aumento del número de empresas competidoras (gracias al cambio del sistema de concesión administrativa -que establecía cupos – a autorización administrativa) se ampliaron los horarios de apertura al público, se redujeron los tiempos de espera, se ofrecieron descuentos e incluso se ampliaron los servicios (ej. recogida y entrega del vehículo de puerta a puerta) [E/CNMC/001/14, junio 2014].

LA ECONOMÍA DEL PAÍS: Competir es un elemento esencial para que se incremente la productividad y la innovación que conducen al desarrollo económico.

Todos salen ganando. Una libre competencia ordenada beneficia tanto a los intereses públicos como a los privados.

Los efectos negativos de las prácticas anticompetitivas

Para los sectores más desfavorecidos



La empresa pequeña

La pequeña empresa puede ser víctima de las conductas anticompetitivas en distintos escenarios:

Cuando dependen del suministro de insumos o materias primas por parte de las empresas que forman parte de un cártel o de una empresa con posición de dominio en el mercado que impone precios abusivos. La pequeña empresa no siempre está en disposición de repercutir el sobreprecio en sus clientes, por lo que sus márgenes de beneficio se ven injustamente reducidos.

Ejemplo: el caso del cártel de camiones

Las empresas MAN, DAIMLER, IVECO, VOLVO/RENAULT, DAF y SCANIA fabrican el 90% de los camiones que se venden en la UE y llegaron a un acuerdo sobre fijación de precios e incrementos de los precios brutos de los camiones en el Espacio Económico Europeo (Decisiones de la Comisión de 19 de julio de 2016 y de 27 de octubre de 2017 - AT.398249).

Todos los compradores de camiones (desde grandes empresas hasta las propias Administraciones públicas) han soportado inicialmente el sobrecoste resultante del cártel, pero es el pequeño transportista quien, por su tamaño y las características de su clientela, tiene más dificultades para traspasar el incremento artificial del precio.



Cuando suministra a alguna de las empresas que forman parte de un cártel o a una empresa en posición de dominio que le pagan precios excesivamente bajos.

Ejemplo: el caso del cártel de la leche

La CNMC está tramitando un expediente por una posible conducta en la que distintas empresas del sector lácteo coordinaron su estrategia comercial en relación con la recogida de la leche cruda y los precios de compra de la leche (Exp. S/0425/12 – Industrias Lácteas 2). La confirmación de esta conducta pondría de manifiesto que los ganaderos carecían de libertad para fijar el precio de su producto, viéndose obligados a asumir unos

precios inferiores a los naturales del mercado, que en el caso de la pequeña explotación podría incluso llevarle a abandonarlo. De hecho, una de las sociedades agrarias de transformación proveedora de leche se encuentra en concurso de acreedores y ha imputado su situación de insolvencia al cártel de compra.

La persona emprendedora que quiere acceder al mercado

Las conductas anticompetitivas llevadas por las empresas que ya están presentes en el mercado son barreras de entrada para quienes quieren entrar en él con nuevas ideas y mejores ofertas.

Ejemplo

En algunos países, el sector financiero ha impedido a nuevas empresas de pago online, que no son entidades de crédito tradicionales pero sí potenciales competidores, el acceso a la información necesaria para realizar pagos de sus clientes. En Alemania, el Comité de la Industria Bancaria Alemana y sus asociaciones bancarias acordaron el uso de condiciones especiales para la banca en línea. Tales condiciones generales preveían que, para la banca online, se impusiera a los clientes el uso del PIN de las características de seguridad personal (número de identificación personal) y TAN (número de autenticación de transacción). Los clientes de banca en línea no podían usar su PIN y TAN en sistemas de pago no bancarios. De este modo se impedía el acceso a sistemas de terceros, que incluyeran los denominados servicios de inicio de pago.

El efecto era obstaculizar el uso de soluciones de pago no bancarias (nuevos modelos de negocio FinTech) para la compra de bienes o servicios en Internet, que compiten seriamente con los servicios bancarios, dado su menor precio y mayor rapidez.



Los consumidores con pocos recursos económicos

En la cadena de distribución, los primeros afectados por prácticas anticompetitivas son los compradores directos (otros empresarios), pero el sobre coste que asumen lo transfieren, en su mayor parte, a sus clientes. Así hasta que llega al consumidor final.

La Comisión Europea llegó a poner cifras al impacto económico que los cárteles tienen sobre los consumidores. Según sus estimaciones, el coste anual medio que llegaron a soportar los consumidores de un solo Estado miembro de la UE como consecuencia de cárteles que salieron a la luz entre los años 2002 y 2007 osciló entre 25.000 y 69.000 millones de euros (SEC(2008) 405).

Si a esta cuantía se le suman los daños por otras conductas colusorias y por el abuso de posición de dominio, el daño económico real por prácticas anticompetitivas se incrementa.

El detrimento individualmente considerado es mucho mayor cuando quien lo soporta es un consumidor con escasos recursos económicos, más aún en productos y servicios de primera necesidad (nutrición, salud, educación). En definitiva, los mayores perjudicados son los más desfavorecidos.

Para el bienestar social



Diversos estudios económicos demuestran que los efectos negativos que producen las conductas anticompetitivas sobre el desarrollo económico y social no quedan compensados mediante las sanciones administrativas (multas impuestas por las autoridades de control) y las indemnizaciones por daños reclamadas por las víctimas directas de estas infracciones. La pérdida del bienestar social es irrecuperable.

Piénsese, por ejemplo, en un cártel en las ofertas de concursos públicos. El sobre coste que asume la Administración pública se detrae de los fondos públicos, que podían haber sido destinados a otras necesidades sociales que ya no han podido ser cubiertas.

Para la empresa que participa en la conducta



Sanciones económicas públicas y privadas

La participación en conductas anticompetitivas prohibidas por la Ley de defensa de la competencia tiene dos tipos de consecuencias negativas de naturaleza económica, que recaen directamente sobre las empresas infractoras y sus directivos:

- a) las multas que imponen las autoridades de control de la competencia (en el caso de la Comunidad Autónoma Vasca, la Autoridad Vasca de la Competencia) –es la denominada aplicación pública del Derecho de la competencia- ;
- b) las indemnizaciones por daños ocasionados a los perjudicados por la práctica anticompetitiva (ej. proveedores, compradores, consumidores, socios de la sociedad infractora) –es la denominada aplicación privada del Derecho de la competencia-.

MULTAS

Sobre la empresa

Las autoridades de control de la competencia pueden llegar a imponer a los operadores económicos que infrinjan la Ley de defensa de la competencia 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 multa (art. 63.1 LDC).

El importe de la multa debe responder al principio de proporcionalidad y a su función disuasoria. La proporcionalidad de la multa que recae sobre la empresa infractora viene determinada por:

- la gravedad de la infracción,
- sus efectos en el mercado,
- el grado de participación en la conducta, y
- el beneficio ilícito obtenido.

Por otro lado, para que la multa resulte disuasoria, ésta será igual o superior al beneficio que la entidad infractora espera obtener de la infracción.



En 2016, una de las sanciones más importantes fue la multa de 128,8 millones de euros, impuesta por la CNMC a ocho fabricantes de pañales para adultos y a su asociación por formar un cártel (Res. CNMC de 28 de mayo de 2016, Exp. S/DC/0504/14 AIO).

Sobre los/as directivos/as

Cuando la empresa infractora sea una persona jurídica (p. ej. sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones, colegios profesionales), las autoridades de control de la competencia pueden llegar a imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (art. 63.2 LDC).

Ejemplo

En el caso del reparto de concursos públicos de infraestructura ferroviaria de ADIF, la CNMC ha impuesto a los 14 directivos responsables, cuyos nombres figuran en la resolución y son públicos, una multa de 666.000 € (Res. CNMC de 14 de marzo de 2019, Exp. S/DC/0598/2016).

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

De la empresa

Cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar a la empresa infractora y obtener su pleno resarcimiento ante los tribunales (art. 72 LDC).

El abanico de perjudicados por una misma conducta contraria al Derecho de la competencia puede ser muy amplio: compradores y proveedores directos e indirectos, consumidores, Administración pública... Todos ellos pueden concurrir simultáneamente en una reclamación de daños, por lo que la indemnización final puede ser mucho más elevada que la multa impuesta por la autoridad de control de la competencia.

Ejemplo 1.

En el cártel del azúcar, una de las empresas condenadas por su participación en el acuerdo, Ebro Foods SA, fue condenada a pagar 4.060.119,81 euros más intereses y costas judiciales (Sentencia del Tribunal Supremo nº 651/2013, de 7 de noviembre). Los reclamantes fueron diversas empresas fabricantes de dulces, caramelos, chicles, chocolate y derivados del cacao, turrone y mazapanes, para compensar los daños y perjuicios sufridos por el sobreprecio que tuvieron que pagar por el azúcar comprado entre febrero de 1995 y septiembre de 1996.

Ejemplo 2.

En el cártel de camiones, la empresa VOLVO GROUP ESPAÑA S.A. ha sido condenada a indemnizar a una sola empresa de transportes (compradora indirecta) con 128.756,78 euros, más los intereses, por la adquisición de cinco cabezas tractoras con un sobreprecio consecuencia del cártel (Sentencia Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia 288/2018, de 15 de octubre de 2018). El número de perjudicados que han interpuesto una reclamación por daños se eleva a muchos más.

De los órganos de administración

Si un miembro del órgano de administración participa en la conducta infractora, ocasiona un perjuicio a la sociedad a la que representa, por las sanciones (públicas y privadas) que deberá soportar la sociedad y por los costes reputacionales. Los socios podrán exigirles responsabilidades por dichos daños en la medida en que resulten del incumplimiento de la Ley y también, en su caso, de desatender los deberes inherentes a su cargo (art. 236 Ley de sociedades de capital).

Prohibición de contratar con la Administración pública

Las empresas que han sido sancionadas con carácter firme por una infracción grave por haber falseado la competencia pueden perder la posibilidad de contratar con las Administraciones públicas y otras entidades del sector público, durante un plazo de tres años (art. 71 Ley 9/2017,



de 8 de noviembre, de contratos con el sector público). De este modo, la empresa infractora deja en el camino importantes oportunidades de negocio.

Ejemplo

La CNMC ha sancionado a 15 empresas y 14 directivos por repartirse, durante catorce años, de manera ilícita los concursos públicos convocados por ADIF relacionados con infraestructuras ferroviarias (sistemas de electrificación y electromecánica) para las líneas de tren convencional y alta velocidad.

La autoridad nacional ha activado por primera vez el procedimiento para la prohibición de contratar con la Administración y ha remitido la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Res. CNMC de 14 de marzo de 2019, Exp. S/DC/0598/2016).

Responsabilidad penal

Hoy en día la responsabilidad penal alcanza tanto a las personas físicas como a las jurídicas, es decir, tanto a una sociedad mercantil como a sus administradores o empleados.

En los casos más graves de vulneración de la competencia, tanto las personas físicas como las empresas pueden tener responsabilidad penal y ser castigadas por ello.

DELITO DE MANIPULACIÓN DE LAS LICITACIONES EN SUBASTAS Y LICITACIONES PÚBLICAS (art. 262 Código penal) castigado con penas de prisión de 1 a 3 años, junto con multas diarias de 1 a 2 años y pérdida de licencia para acudir a licitaciones públicas.

DELITO DE DETRACCIÓN DE MATERIAS PRIMAS O PRODUCTOS DE PRIMERA NECESIDAD EN EL MERCADO CON EL FIN DE LIMITAR LOS SUMINISTROS O FORZAR UNA ALTERACIÓN DE LOS PRECIOS (art. 281 Código penal), con una pena de prisión de 1 a 5 años y multa de 1 a 2 años.

DELITO DE ALTERACIÓN DE LOS PRECIOS que de manera natural deberían resultar de la libre competencia. Habrá delito cuando se emplee violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio. Para que el cártel o el abuso de posición de dominio sean delictivos no es necesaria una agresividad física o psicológica, basta cualquier artificio (art. 284.1.1º Código penal). Se establecen penas de prisión de 6 meses a 2 años, junto con multas de 1 a 2 años.

DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA

Un trabajador de una empresa puede entregar un soborno a un trabajador de otra empresa para que favorezca a la primera empresa frente a otras en la adquisición de productos o servicios, expulsando del mercado a leales competidores (art. 286 bis Código penal).

Se establecen penas de prisión de 6 meses a 4 años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de 1 a 6 años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

DELITO DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Cuando una empresa participa en el mercado internacional y entrega un soborno a un representante de una Administración pública de otro Estado para acceder a un contrato público (art. 286 ter Código penal). Se establecen penas de prisión de 3 a 6 años y multa de 12 a 24 meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

DELITO DE COHECHO

Cuando la vulneración de la competencia se ha ocasionado a través del pago de un soborno a una autoridad o funcionario público para conseguir un contrato con la Administración pública (art. 424 Código penal). Se establecen penas de prisión de 3 a 6 años y multa de 12 a 24 meses.



PENAS

Al margen de las consecuencias penales para la persona física que lo lleva a cabo, para la persona jurídica las penas pueden llegar a su disolución, clausura de locales, suspensión y prohibición de realizar actividades e intervención judicial.

Costes en términos reputacionales

La buena imagen de la empresa es un elemento clave del éxito del negocio. La progresiva concienciación sobre los perjuicios que ocasionan las prácticas anticompetitivas en la sociedad se traducen en sanciones no legales, de distinta naturaleza, impuestas por el propio mercado:

- Solventes estudios demuestran cómo el conocimiento de que una sociedad ha cometido una conducta ilícita al falsear la competencia ha tenido como efecto inmediato el freno de la demanda así como de potenciales inversores, con la consecuente pérdida de valor de su negocio y, en su caso, de sus acciones.
- En la contratación internacional es muy común contemplar como causa de resolución del contrato que una de las partes haya sido sancionada por infringir el Derecho de la competencia. La consecuencia inmediata es la pérdida de oportunidades de negocio.

Costes en recursos humanos

El inicio de una inspección por parte de una autoridad de control de la competencia va a demandar la dedicación de



tiempo y esfuerzo de distintos miembros de la organización empresarial. En muchas ocasiones ello va a suponer que las personas elegidas para colaborar con la autoridad no puedan desarrollar las funciones que le son propias en la empresa, con los costes económicos que ello conlleva.

Nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia

Los acuerdos colusorios son nulos de pleno derecho (art. 1.2 LDC). Un contrato que contemple cláusulas restrictivas de la competencia puede ser inaplicable directamente por la otra parte del contrato, o ser declarado nulo (total o parcialmente) por un tribunal ante la demanda de la otra parte del contrato. Ello puede suponer un coste considerable para la empresa que contaba con la eficacia de la operación.

Ejemplo

El Tribunal Supremo ha declarado en más de una ocasión la nulidad total de contratos de abanderamiento y suministro de carburantes por la duración excesiva de la distribución exclusiva, entre empresas petrolíferas y sus comercializadores (gasolineras), a solicitud de estos últimos (Sentencias Tribunal Supremo nº 763/2014, de 12 de enero de 2015, nº 764/2014, de 13 de enero de 2015 y nº 67/2018, de 7 de febrero de 2018).

**RESPETAR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA
ES RENTABLE PARA LA EMPRESA**



¿Quién está sujeto al Derecho de la Competencia?

El concepto de empresa en Derecho de la competencia

La Administración pública como responsable de infracciones de competencia

La Administración pública como agente económico

La Administración pública como agente facilitador de la infracción

El concepto de empresa en Derecho de la competencia

El concepto de empresa sujeta al Derecho de la competencia es mucho más amplio que el concepto de empresario mercantil. Así, debe respetar la normativa de competencia cualquier persona o entidad que de algún modo ejerza una actividad económica, aunque no sea su fin principal, o que pueda influir en ella, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad, de su modo de financiación y de la concurrencia o no de ánimo de lucro.

Ejemplos de empresas y entidades sujetas al Derecho de la competencia

Empresarios
individuales

Empresarios
sociales

sociedades anónimas - sociedades limitadas –
sociedades cooperativas – mutuas de seguros –
sociedades de garantía recíproca – sociedades laborales

Profesionales liberales

Colegios profesionales

Asociaciones y federaciones
empresariales

Fundaciones

Organizaciones no
gubernamentales

Uniones temporales
de empresa (UTE)

Agrupaciones de
interés económico
(AIE)

Asociaciones
culturales

Asociaciones y
federaciones
deportivas

Asociaciones sindicales

Sociedades
mercantiles estatales

La Administración pública como responsable de infracciones de competencia

La Administración pública puede afectar de diversas maneras en el correcto funcionamiento del mercado. Al margen de su intervención en la economía a través de la regulación o mediante la concesión de ayudas públicas (que no son objeto de esta guía), también se le puede imputar una conducta infractora de la normativa de competencia en dos posibles escenarios:

La Administración pública como agente económico



Porque actúa directamente como operador económico en el mercado, en competencia con las empresas privadas y más allá de las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público.

Ejemplo 1

El Ayuntamiento de Palma de Mallorca y la empresa funeraria municipal, cuyo capital era íntegro del Ayuntamiento, fueron condenadas por mantener la posición de dominio de la empresa municipal a salvo de la competencia en los mercados (liberalizados) de prestación de servicios funerarios en Palma de Mallorca y Marratxi, impidiendo la actividad de los posibles competidores, reales o potenciales, que desearan realizar dichos servicios funerarios en Palma de Mallorca (Sentencia del Tribunal Supremo nº 3139/2013, de 14 de junio).

Ejemplo 2

Son numerosas las sanciones que han recaído sobre Colegios profesionales por conductas restrictivas (recomendaciones o fijación de honorarios, repartos de mercado...), aun tratándose de Corporaciones de Derecho público. Se resume la doctrina de la sujeción de los colegios profesionales al Derecho de la competencia en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 3131/2017, de 27 de julio.



**La Administración
pública como
agente facilitador de la
infracción**



Porque, aun sin desarrollar una actividad económica, actúa como «facilitador» de la infracción, es decir, que de algún modo impulsa y participa en las conductas restrictivas de la competencia.

Ejemplo: Caso Productores de uva y vino de Jerez

La Consejería de Andalucía fue declarada responsable por asumir un papel activo, durante 20 años, en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros (Sentencia del Tribunal Supremo nº 1833/2016, de 18 de julio y Res. CNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09).



¿Qué prácticas son anticompetitivas y están prohibidas?

Las conductas colusorias

¿Qué medios se pueden utilizar para una concertación colusoria?

- Pactos expresos no secretos
- Pactos expresos secretos
- Pactos tácitos

¿En qué puede consistir una concertación colusoria?

¿Se requiere que haya intención de restringir la competencia?

El abuso de posición de dominio

¿Cuándo está en posición de dominio una empresa?

¿Qué conductas pueden ser abusivas?

El falseamiento de la competencia por actos desleales

¿Qué es un acto desleal desde la perspectiva de la competencia?

¿Todo acto desleal es perseguible por las autoridades de control de la competencia?

¿Cuándo queda afectado el interés público?

Las conductas colusorias

Se prohíben las conductas o prácticas empresariales mediante las cuales dos o más empresas, jurídica y económicamente independientes entre sí, coordinan su actividad en el mercado, sustituyendo la libre autonomía empresarial, el esfuerzo independiente, por algún modo de concertación (art. 1 LDC).



¿Qué medios se pueden utilizar para una concertación colusoria?



La concertación puede realizarse mediante pactos expresos, que no necesariamente son secretos:

ACUERDO	DECISIÓN o RECOMENDACIÓN COLECTIVA
<p>Ejemplo:</p> <p>En el marco de un contrato de colaboración o de distribución, algunas cláusulas pueden ser restrictivas de la competencia.</p>	<p>Ejemplo:</p> <p>Una decisión o recomendación del órgano de dirección de una asociación empresarial dirigida a sus asociados.</p>

La concertación también puede llevarse a cabo mediante pactos expresos que pretenden mantenerse en secreto. Los contactos, así, se pueden realizar a través de correos electrónicos, grupos de WhatsApp u otro tipo de redes sociales, o reuniones (presenciales o virtuales).

La concertación puede realizarse mediante pactos tácitos:

PRÁCTICA CONCERTADA	PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA
<p>Ejemplo:</p> <p>Intercambiarse información en el seno de una asociación empresarial sobre datos estratégicos que lleven a las empresas asociadas competidoras a reducir sus esfuerzos en mejorar las ofertas o en innovar.</p>	<p>Ejemplo:</p> <p>En el contexto del comercio electrónico, los distribuidores minoristas pueden fijar sus precios en función de los establecidos por sus competidoras, mediante el uso de desarrollos informáticos automáticos. Desarrollar y utilizar conscientemente modelos similares para alinear los precios sería una práctica conscientemente paralela.</p>

¿En qué puede consistir una concertación colusoria?



El contenido de la concertación colusoria puede referirse, aunque no solo, a:

- 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.

¿Se requiere que haya intención de restringir la competencia?



NO. La conducta está igualmente prohibida aunque los partícipes no tuvieran conocimiento sobre sus efectos nocivos en el mercado, ni tuvieran intención de restringir la competencia.

Las autoridades de competencia consideran como indicio de una comisión de ilícito de competencia la participación en reuniones, aun sin haber intervenido verbalmente o por escrito, la recepción de correos electrónicos sin haber manifestado oposición expresa a su contenido, los meros apuntes a mano en una agenda sobre lo discutido en una llamada telefónica y la existencia de actas de reuniones sin firmar.

¿Se requiere que la conducta produzca efectos reales?



La ausencia de intencionalidad sólo será tenida en cuenta a efectos de reducir la sanción administrativa, pero es irrelevante en la indemnización por daños y perjuicios.

La conducta es ilícita aunque el acuerdo no se haya ejecutado o puesto en práctica. Basta con que sea susceptible de producir efectos negativos en la libre competencia.

El abuso de posición de dominio

La posición dominante no está prohibida, sólo su abuso (art. 2 LDC).

Se exige una mayor responsabilidad a la empresa en posición de dominio: una misma conducta puede ser abusiva si la empresa está en posición dominante y, por el contrario, lícita si no lo está.

¿Cuándo está en posición de dominio una empresa?



La posición de dominio no es exclusiva de las grandes empresas. Una PYME puede ostentar dicha posición cuando las dimensiones del mercado geográfico son reducidas.

Un operador económico se encuentra en posición de dominio en un mercado cuando en el desarrollo de su estrategia comercial puede actuar de manera independiente, sin tener en cuenta a empresas competidoras, proveedoras o compradoras.

La cuota de mercado (porcentaje de las ventas totales) es un elemento de referencia para valorar si la empresa está o no en posición de dominio. Pero no el único. El mismo porcentaje en mercados diferentes puede llevar a concluir la posición de dominio en uno y la ausencia de dicha posición en otro, pues dependerá de la estructura de cada mercado y del comportamiento de la demanda.

En todo caso, en los mercados tradicionales:

- una cuota de mercado igual o superior al 50% es un indicio de posición de dominio (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión);
- una cuota de mercado superior al 75% permite presumir la ostentación de posición de dominio (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión).

- Sin embargo, en los nuevos mercados relacionados con las plataformas digitales, las elevadas cuotas de mercado no siempre equivalen a posición de dominio.

¿Qué conductas pueden ser abusivas?



- a) la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos;
- b) la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores;
- c) la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;
- d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque 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 dichos contratos.

El falseamiento de la competencia por actos desleales

Están prohibidos los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público (art. 3 LDC).

¿Qué es un acto desleal desde la perspectiva de la competencia?



Es desleal todo comportamiento que, realizado en el mercado y con fines concurrenciales, resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Son ejemplos de actos desleales los recogidos en la Ley de competencia desleal, entre otros: los actos de engaño, los actos de confusión, las prácticas agresivas, los actos de denigración, la violación de secretos industriales, la inducción a la infracción contractual de clientes o trabajadores, la explotación de una situación de dependencia económica.

¿Todo acto desleal es perseguible por las autoridades de control de la competencia?



NO. Sólo aquellos que afecten al interés público.

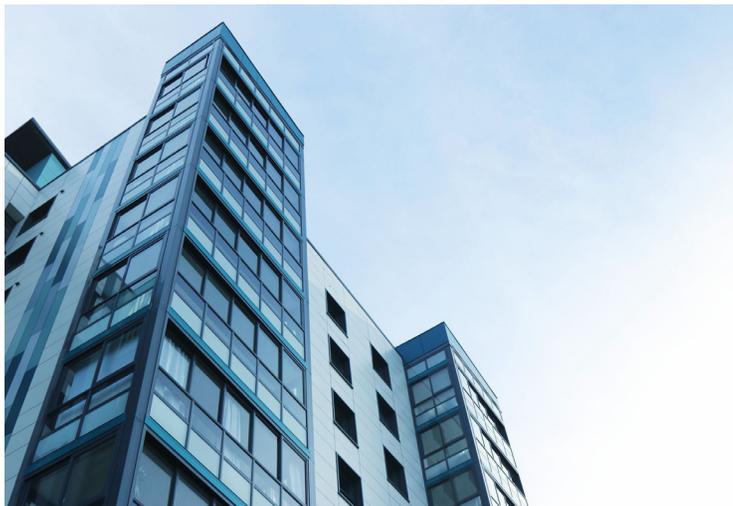
¿Cuándo queda afectado el interés público?



Un acto desleal afecta al interés público cuando las consecuencias, reales o potenciales, para la competencia son notorias, relevantes o de importancia cualitativa. Es decir, que afectan o pueden afectar a la implantación o al mantenimiento de la libre competencia en el mercado en cuestión, generando una grave distorsión de la misma.

Ejemplo

En su momento, se publicó un anuncio en el Diario de León en el que se indicaba que los agentes titulados de la propiedad inmobiliaria (APIs) tenían la exclusividad para desarrollar la actividad de la intermediación inmobiliaria. Esta afirmación no era cierta (se trata de un mercado liberalizado), lo que comportaba un acto de engaño (acto desleal) según la Ley de competencia desleal. El interés público se veía afectado porque el perjuicio alcanzaba al elevado número de agentes inmobiliarios que no ostentaban el título oficial de API. Éstos podrían haber sido expulsados del mercado como consecuencia de la información engañosa. El acto desleal en este caso podía alterar gravemente la estructura y la composición del mercado de la intermediación inmobiliaria en la provincia de León (Res. Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de julio de 2003, Exp. 548/02).



¿Qué prácticas no están prohibidas pero se deben notificar?

Las concentraciones de empresas

Las ayudas públicas o ayudas de Estado de naturaleza económica

Las concentraciones de empresas

Para el Derecho de la competencia una concentración es un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas.

Son ejemplos de concentración, entre otros:

- una fusión entre empresas
- la creación de una empresa en participación (Joint Venture)
- la venta de acciones de dos sociedades que comporte la toma de control de la nueva sociedad
- el intercambio de consejeros en los órganos de administración

Las concentraciones NO están prohibidas. Sin embargo, están condicionadas a una autorización previa por parte de las autoridades de competencia, cuando a resultas de la operación se sobrepasen determinados umbrales. En tales casos se requiere su previa notificación (Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 y arts. 7-9 LDC).

Las ayudas públicas o ayudas de Estado de naturaleza económica

En el marco del Derecho de la competencia una ayuda pública es cualquier ventaja patrimonial, que favorezca de manera directa o indirecta en términos concurrenciales, otorgada por el Estado (Administraciones y entidades públicas en sus distintos niveles: estatal, autonómico, foral y municipal) con cargo a fondos públicos.

Son ejemplos de ayudas públicas, entre otras:

- las subvenciones directas,
- los préstamos de dinero a un tipo de interés inferior al del mercado o con menos exigencias de garantías que las habituales del mercado,
- la participación pública en el capital de una empresa sin seguir los criterios propios de un inversor privado,
- los regímenes fiscales más ventajosos.

Son incompatibles con el mercado interior las ayudas públicas que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones (art. 107 TFUE).

No son las empresas beneficiarias sino los Estados miembros quienes deben notificar a la Comisión europea los proyectos de ayudas que superen determinados umbrales.



¿Qué prácticas anticompetitivas son las más comunes, aunque no las únicas?

Acuerdos entre competidores (acuerdos horizontales)

- Fijación de precios
- Repartos de mercado
- Bid Rigging
- Limitaciones en la producción y en la distribución
- Uniones temporales de empresas (UTES)
- Intercambios de información
- Acuerdos técnicos o de estandarización

Acuerdos de distribución (acuerdos verticales)

- Fijación del precio de reventa
- Sistemas de distribución exclusiva y selectiva

Conductas abusivas por parte de la empresa en posición dominante

- Precios predatorios
- Precios no equitativos
- Negativas de suministro
- Acuerdos vinculantes (Tying Agreements)
- Descuentos de fidelidad

Acuerdos entre competidores (acuerdos horizontales)

La concertación horizontal se da entre empresas que se encuentran en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución. Entre las prácticas colusorias más comunes y más graves por sus efectos en el mercado se encuentran las siguientes:

Fijación de precios



Una de las conductas colusorias más graves es la relacionada con la determinación del precio o siquiera de elementos del mismo. La prohibición alcanza al establecimiento de precios fijos, mínimos, máximos y de referencia. Son conductas restrictivas per se.

Ejemplo 1.

Recomendaciones por parte de los órganos de dirección de un colegio profesional sobre los honorarios profesionales que se pueden cobrar a los clientes. La Autoridad Vasca de la Competencia ha condenado al Colegio de Psicología de Bizkaia (Res. AVC de 11 de abril de 2017, Exp. 146-SAN-2015) por mantener en sus Estatutos baremos de honorarios orientativos.

Ejemplo 2.

Recomendaciones por parte de los órganos de dirección de una asociación empresarial sobre la determinación de la estructura de costes de los servicios prestados por los asociados.

Ejemplo 3.

La Autoridad Vasca de la Competencia sancionó a cuatro autoescuelas de Mondragón por la aplicación concertada de tarifas idénticas, tanto en el importe total como en los conceptos desglosados, de la enseñanza teórica y práctica para la obtención del permiso de conducción de la clase B (Res. AVC de 25 de septiembre de 2018, Exp. 224-SAN-2017).

Ejemplo 4. El caso de los pañales para adultos

Varias empresas fabricantes de absorbentes de incontinencia urinaria para adultos, en colaboración con la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), llegaron a acuerdos para fijar los precios de venta a los distribuidores mayoristas de los pañales financiados por la Seguridad Social (Servicio Nacional de Salud) que se compran en las farmacias para los pacientes no hospitalizados (Res. CNMC de 28 de mayo de 2016, Exp. S/DC/0504/14 AIO).



Repartos de mercado



También son restrictivos de la competencia por el objeto los acuerdos de reparto de mercado que se traducen en pactos de no agresión. Puede darse en distintos escenarios:

- Reparto del mercado geográfico: los competidores renuncian recíprocamente a operar en las zonas geográficas reservadas para el resto de empresarios.
- Reparto del mercado del producto: los competidores renuncian recíprocamente a comercializar productos reservados para el resto de empresarios.
- Reparto de clientes: los competidores renuncian recíprocamente a contactar con los clientes reservados para el resto de empresarios.

Ejemplo 1. El caso del transporte de viajeros de Gipuzkoa

La Autoridad Vasca de la Competencia detectó, y sancionó, un sistema en el seno de una asociación de transportes de viajeros por carretera por el que las empresas asociadas (competidoras) se comprometían a respetar a los transportistas que ya estuvieran prestando sus servicios a un cliente (fábrica, colegio...) y se obligaban a avisar a dicha empresa en el caso de que uno de sus clientes le pidiera presupuesto como competidora (Res. AVC de 27 de diciembre de 2017, Exp. 130-SAN-2016).

Ejemplo 2. El caso de las orlas universitarias

La CNMC sancionó a diversas empresas de fotografía (empresarios individuales y sociedades mercantiles) que durante quince años coordinaron sus visitas a distintos centros universitarios, de tal manera que cada uno asumía un rol en las reuniones, generando frente a los estudiantes una apariencia de competencia entre ellos; posteriormente se repartían los alumnos que cada uno iba a fotografiar, asignándose las distintas titulaciones y centros.

Los contactos se realizaban a través de correos electrónicos, grupo de WhatsApp y reuniones periódicas (Res. CNMC de 15 de diciembre de 2016, Exp. S/DC/0538/14).

Bid Rigging



Se denomina Bid Rigging a la manipulación de la oferta en los procedimientos de licitaciones públicas. Resulta normalmente de acuerdos secretos previos en los que los empresarios competidores se reparten el mercado de los concursos públicos. Suele ir acompañada de intercambios de información sobre sus estrategias comerciales y seguida de una planificación en la presentación de las ofertas a las distintas licitaciones públicas.

Ejemplo

El caso de los comedores escolares

El Departamento de Educación del Gobierno Vasco convocó licitaciones anuales para la prestación del servicio de comedores desde el año 2003 hasta el año 2014. Estas licitaciones se realizaban por medio de un procedimiento con dos fases. En la primera las empresas acreditaban su capacidad para prestar el servicio y en la segunda debían competir por obtener el contrato de cada uno de los lotes. Las ocho empresas que habían superado la primera fase de la contratación (por tanto, las únicas que podían competir por los lotes) renunciaron a competir en todos los lotes para los que habían demostrado capacidad, por medio de una pauta orquestada de presentación de ofertas con el objetivo de conseguir un reparto de lotes. Esta práctica les garantizó a cada una de ellas, durante al menos diez años, la prestación del servicio de comedores en el mismo lote, y a un precio alterado al alza por la concertación. (Res. AVC de 4 de febrero de 2016, Exp. 6/2013).

Limitaciones en la producción y en la distribución



Son acuerdos que tienen por objeto reducir la oferta. Son ilícitos, pero pueden darse en el marco de acuerdos aparentemente lícitos; por ejemplo:

- en convenios de colaboración entre empresarios competidores en investigación y desarrollo (I+D); o
- en acuerdos de compra conjunta, a través de centrales de compra, cuyo fin a priori es obtener los productos a mejor precio.

Por otro lado, es cierto que en situaciones de excesos de oferta (por motivos tanto estructurales como no estructurales), esta ineficiencia podría ser trasladada a los consumidores con un incremento del precio.

Pero ello nunca justificaría las siguientes conductas:

- acuerdos por los que se asignan niveles de capacidad y se establecen compensaciones económicas en función de su utilización;
- acuerdos de reducción del uso de la tecnología que afecten directamente a la capacidad de producción, limitándola.

Ejemplo 1. Caso de las Cajas de ahorros vasco-navarras

Las distintas cajas adscritas a la Federación de Cajas de ahorros vasco-navarras fueron sancionadas por acordar abstenerse de abrir sucursales en aquellos territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Comunidad Autónoma de Navarra distintos de la provincia en la que cada una de ellas tenía su sede territorial. A tal efecto, la Federación era el foro de información y de decisiones en materia de expansión, tanto en la forma tradicional de apertura de nuevas oficinas como en las formas relacionadas con sociedades filiales especializadas (valores, seguros,...) y sus ámbitos de actuación (Res. CNC de 18 de octubre de 2007, Exp. 617/06).

Ejemplo 2. El caso del Colegio Notarial de Bilbao

En su momento, el Colegio Notarial de Bilbao aprobó unas normas reguladoras del turno de reparto y del sistema de compensación interna, por el que se compensaba los ingresos de los notarios menos activos en el mercado de intervención de pólizas y escrituras financieras con porcentajes crecientes de los ingresos de los notarios más activos. Con ello se desincentivaba la ampliación de clientela, basada en ofertas con precios más bajos, ya que se podían conseguir los mismos ingresos con pocos documentos aplicando estrictamente el arancel, que con muchos documentos con descuentos para los clientes y con sustanciales contribuciones al mecanismo compensatorio (Res. Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de julio de 2004, Exp. 562/2003).

Uniones temporales de empresas (UTE)

La constitución de una unión temporal de empresas (UTE) es en principio lícita, pero es un contexto que facilita la comisión de prácticas colusorias entre los competidores. Concurrir a una licitación pública mediante una UTE integrada por varias competidoras, cuando cada una de ellas tiene la solvencia técnica y económica para concurrir sola, es un indicio de práctica restrictiva. Con un acuerdo así se puede eliminar la concurrencia de competidores al incorporarlos como co-licitadores, y con ello reducir la oferta. Se hace necesario realizar una valoración de cada caso a fin de identificar la situación de cada empresa y, por tanto, la necesidad objetiva de acudir en UTE.

Ejemplo 1. El caso UTE Bilbao UDALCOM

En 2010 EUSKALTEL y dos sociedades del GRUPO TELEFÓNICA (TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.) firmaron, entre otros acuerdos, la constitución de la UTE Bilbao UDALCOM, para la presentación de una oferta conjunta a un concurso público del Ayuntamiento de Bilbao. Cada una de las empresas integrantes de la UTE contaba, por separado,

con la solvencia adecuada y suficiente para presentarse a la licitación. De hecho se habían presentado por separado en otras licitaciones de mayor complejidad. El Ayuntamiento rechazó todas las ofertas presentadas y declaró desierto el concurso. Pero la conducta fue considerada antijurídica por la Autoridad Vasca de la Competencia, pues las co-licitadoras pretendían asegurarse la adjudicación, eliminando la competencia entre ellas y al mismo tiempo robusteciendo su poder técnico y económico en el mercado afectado. (Res. Consejo Vasco de la Competencia de 7 de septiembre de 2012 y Sentencia Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 378/2014, de 30 de julio de 2014).

Ejemplo 2. El caso Hormigoneras de Asturias

En 2017, varias empresas hormigoneras fueron sancionadas por la CNMC por un cártel de reparto de mercados en Asturias. Para una de las obras, el Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA), las empresas optaron por formalizar el acuerdo mediante la creación de una UTE, que denominaron UTE HOSPITAL. La creación de una UTE de tal dimensión para el suministro de hormigón era a todas luces innecesaria. Resultaba llamativo que inicialmente el suministro fuera efectuado por una única empresa (primero, LA ESTRELLA y, después, H.AVILES) y, a partir de 2007, fuera necesaria la participación de un total de ocho empresas, puesto que la facturación de cada uno de los suministradores no indicaba que las necesidades de hormigón se hubieran disparado con posterioridad. (Res. CNMC de 23 de febrero de 2017, Expte. S/0545/15 HORMIGONES DE ASTURIAS)

Intercambios de información



El intercambio de información entre competidores no está prohibida per se. De hecho es muy habitual en el marco de las asociaciones empresariales. Pero en algunos casos puede afectar al comportamiento autónomo de las empresas de tal manera que lleve a la coordinación de sus estrategias comerciales. Aquella información que ponga o permita poner al descubierto la conducta que las empresas van a seguir en

el mercado puede alterar el funcionamiento normal de éste. Especial atención debe prestarse a la información sobre precios, descuentos, costes, otros factores de formación del precio, volumen de ventas, volumen de entregas e inversiones. La comunicación de estos datos suele comportar una homogeneización de las conductas de los competidores.

Ejemplo 1. En algunos sectores económicos existen Observatorios de costes, en ocasiones impulsados por la propia Administración pública, con la finalidad de servir de orientación a los distintos agentes que intervienen en la contratación de sus servicios, especialmente para aquellas empresas que por su reducido tamaño o por su falta de posicionamiento estratégico, tienen dificultades para establecer los criterios de gestión adecuados para una correcta política comercial. La comunicación de costes medios sin que se identifique a las empresas es, en principio, neutral. Pero una revelación de esos mismos datos desagregados puede desvelar la conducta de los competidores y con ello una uniformización en el precio.

Ejemplo 2. El intercambio de información es utilizado de manera instrumental para los repartos de mercado en la contratación pública. Una vez asignadas en pacto secreto previo quién debe resultar adjudicatario de cada licitación, éste informa de los precios que va a proponer para que el resto de competidores que concurren (generando la apariencia de competencia), suban sus oferta de tal manera que no se les adjudique el contrato público. Así ocurrió en el caso Concurso Pinosolo, Res. AVC de 21 de mayo de 2013, Exp. 5/2012.



Acuerdos técnicos o de estandarización



Los acuerdos de estandarización tienen por objeto definir los requisitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos o procedimientos y métodos de producción. Puede tener efectos restrictivos cuando las empresas renuncian a innovar. En este sentido, la obligatoriedad en el seguimiento de las normas técnicas y tipos es una restricción de la competencia, pues imposibilita el desarrollo de nuevas y mejores.

Por otro lado, los competidores reales y potenciales no pueden verse negativamente afectados por un acuerdo técnico o de estandarización. En este sentido, si la cooperación técnica implica que se expulse del mercado a un competidor o el impedimento de su acceso al mismo, el acuerdo será restrictivo de la competencia. Para que el acuerdo sea neutral necesariamente deberá ser accesible para cualquiera, no discriminatorio y transparente.

Ejemplo 1.

La Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado (AFCO) firmó un contrato con CATIRSA por la que aquélla obtenía una licencia en exclusiva para fabricar un modelo de envases de cartón ondulado bajo determinadas normas de calidad y estandarización. En el seno de AFCO se constituyó una plataforma que agrupaba a una serie de empresas de la asociación por las que obtenían una sublicencia. La restricción de la competencia era doble: estos empresarios no tenían libertad para fabricar otros productos que no respondiesen al estándar acordado, y el acuerdo de estandarización no era accesible a otros fabricantes (Res. Tribunal de Defensa de la Competencia de 6 de marzo de 2005, Exp. 575/04).

Ejemplo 2.

Está prohibido que una asociación empresarial apruebe modelos de contratos y que exija a sus empresas asociadas que los utilicen en las relaciones contractuales con sus clientes.

Acuerdos de distribución (acuerdos verticales)

La concertación vertical se da entre empresas que se encuentran en distinto nivel de comercialización; se trata de los acuerdos de distribución. Entre las prácticas colusorias más comunes y más graves por sus efectos en el mercado se encuentran las siguientes:

Fijación del precio de reventa



La imposición de los precios de reventa por parte del fabricante al distribuidor es una conducta colusoria. El distribuidor (franquiciador, concesionario) debe ser libre para establecer su propia estrategia comercial.

Caben las recomendaciones de precios y la fijación de precios máximos siempre que no sea un modo encubierto de establecer precios fijos.

Está prohibido condicionar el otorgamiento de descuentos al distribuidor a que éste respete los precios recomendados.

Ejemplo. El caso de las franquicias de restauración

La CNMC obligó a FOOD SERVICE PROJECT S.L., empresa franquiciadora de diversas cadenas de alimentación y restauración, a que modificara sus contratos de franquicia de tal modo que quedara claramente garantizada la libre fijación de precios de venta al público de sus franquiciados (Res. CMNC de 10 de marzo de 2016, Exp. S/DC/0510/14).

Sistemas de distribución exclusiva y selectiva



Los sistemas de distribución exclusiva y selectiva no son ilícitos en sí mismos. Pero pueden contemplar cláusulas restrictivas de la competencia no permitidas.

En un sistema de distribución y compra en exclusiva el distribuidor se compromete a comercializar exclusivamente los productos del proveedor. El contrato de franquicia y el de concesión mercantil se corresponden con este modelo.



En un sistema de distribución selectiva, el suministrador limita la distribución de sus productos en función de determinados criterios de selección aplicados a todos sus distribuidores, persiguiendo con ello que la distribución se haga en las mejores condiciones. Es propio de la distribución de productos peligrosos o de alta tecnología, que exigen un servicio postventa cualificado; o productos de lujo o altamente perecederos.

Ambos modelos de distribución están permitidos, pero no pueden llevar aparejadas restricciones más allá de las estrictamente necesarias para la operatividad del sistema de distribución elegido. Con carácter general, no están admitidas las cláusulas que establezcan una prohibición de ventas pasivas (las ventas realizadas a instancia del consumidor final y sin intervención directa del distribuidor en la promoción del producto o servicio).

Ejemplo

La empresa textil GUESS tiene un sistema de distribución selectiva con sus minoristas. Pero prohibía a sus distribuidores oficiales que realizaran publicidad y venta online, salvo autorización previa de GUESS. De este modo compartimentaba el mercado porque los consumidores de un Estado miembro no podían comprar a los instalados en otro Estado miembro,

Conductas abusivas por parte de una empresa en posición de dominio

Precios predatorios



La fijación del precio es libre para el empresario. Sin embargo, la empresa en posición de dominio no puede vender sus productos o prestar sus servicios por debajo de la media de los costes variables (los costes que varían en función del volumen de producción). Las empresas competidoras no estarán en disposición de reducir sus precios a esos niveles, por lo que pueden acabar expulsadas del mercado. Una vez la empresa en posición de dominio cope la práctica totalidad del mercado, verá compensada sus pérdidas previas.

Tampoco puede una empresa en posición dominante vender a un precio inferior a la media de los costes totales, aun cuando fueran superiores a la media de los costes variables, cuando exista un plan de eliminación del competidor (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004, caso ALTADIS-Farias).

Precios no equitativos



La fijación del precio es libre para el empresario. Sin embargo, la empresa en posición de dominio no puede vender sus productos o prestar sus servicios a un precio desproporcionado en relación a su valor.

Ejemplo

La entidad Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE), fue condenada por abuso de posición de dominio ante el incremento injustificado (en unos casos del 100% y en otros del 177%) de las tarifas que cobraba a las salas de cine por exhibición de las películas (Sentencia Tribunal Supremo nº 318/2017, de 24 de febrero de 2017).

Negativas de suministro



El empresario es libre para elegir con quién contrata y con quién no. El problema de la empresa en posición dominante puede surgir cuando el cliente a quien se le deniega el suministro es un competidor en ese mismo mercado o en un mercado secundario o conexo y no hay una razón objetiva que justifique la restricción.

Ejemplo 1.

Una marca de ascensores que deniegue el acceso a las piezas de repuesto originales de mantenimiento tiene una mayor ventaja a la hora de mantener los ascensores fabricados/instalados por ellos mismos. Las irregularidades en el suministro de las piezas de repuesto originales (retrasos, restricciones, negativas, etc.) pueden ser un obstáculo a la competencia efectiva en el mercado secundario de mantenimiento de aparatos elevadores.

Acuerdos vinculantes (Tying Agreements)



Ejemplo 2.

CONTINENTAL AUTOMOTIVE SPAIN S.A. era titular de una marca de tacógrafos y el único que puede impartir los cursos de formación obligatorios a los que se debe someter el personal responsable de su instalación y mantenimiento. Por tanto, ostentaba una posición de dominio. Denegar el acceso a dicha formación de manera injustificada a TALLERES SCALEXTRIC S.L. fue considerada una conducta abusiva (Res. TVC de 20 de enero de 2010, Exp. 0008/2009).

Ejemplo 3. El caso del cementerio Leganés

La empresa concesionaria de la gestión del cementerio de Leganés fue condenada por un abuso de posición de dominio por no permitir el acceso a determinadas empresas que pretendían prestar servicios de arte funerario en lápidas, de tal manera que se les imposibilitaba atender a los encargos de particulares o de compañías aseguradoras. El acceso a las instalaciones es un insumo insustituible, elemento esencial para la prestación del servicio; impedirla constituye una negativa de suministro abusiva (Res. CNMC de 4 de octubre de 2018, Exp. SAMAD/01/2016).

Una empresa en posición de dominio no puede obligar a quien contrate con ella que acepte prestaciones suplementarias que no tienen relación con la prestación principal del contrato. Aprovechando su posición preeminente en un mercado, pretende ampliar su cuota en un mercado conexo.

Ejemplo

Google obligó a los fabricantes de móviles a preinstalar la aplicación Google Search y el navegador Chrome como condición para conceder la licencia de su tienda de aplicaciones, Play Store. Google tiene una posición dominante en el mercado mundial (excluida China) de las tiendas de aplicaciones para el sistema operativo móvil Android. La tienda de aplicaciones de Google, Play Store, representa más del 90% de las aplicaciones descargadas en los dispositivos Android. Con ello Google se aseguraba la preinstalación del motor de búsqueda y el

navegador de Google en prácticamente todos los dispositivos Android. La Comisión europea le ha sancionado (Decisión Comisión de 18 de julio de 2018 AT.40099 – Google Android).

Descuentos de fidelidad



Pueden ser abusivos los descuentos que ofrece una empresa que está en posición dominante cuando los condiciona a que el cliente se abastezca exclusivamente de aquella para la totalidad o para gran parte de sus necesidades, cualquiera que sea, por lo demás, el importe de sus compras. Esta conducta puede llevar a expulsar del mercado a los competidores que no pueden bajar los precios por unidad para competir con la empresa dominante.

Ejemplo

En los años iniciales de la liberalización del transporte aéreo, Iberia ostentaba una posición de dominio en el mercado nacional. El Tribunal de defensa de la competencia le sancionó por establecer un mecanismo de descuentos de las agencias de viajes que no se basaba en criterios cuantitativos (obtención de economías de escala), sino que las primas únicamente pretendían obtener la fidelidad del cliente. De este modo las agencias tenían incentivos para vender billetes de Iberia y no de otras compañías aéreas que pretendían acceder al mercado (Res. TDC de 1 de abril de 2002, Exp. 514/01).



¿Cómo afrontar las posibles prácticas anticompetitivas en el seno de la empresa?

En las organizaciones empresariales complejas (con directivos, comerciales, empleados de distinta naturaleza, etc.) hay elevados riesgos de que se produzcan prácticas contrarias a la libre competencia. No todas ellas han sido aprobadas por los órganos de dirección. Por otro lado, muchas de ellas se llevan a cabo con el desconocimiento de estar cometiendo una infracción.

¿Qué hacer si se detecta una conducta anticompetitiva en mi empresa?

- El programa de clemencia
- La solicitud de reducción de la multa
- Los acuerdos de transacción
- La terminación convencional

Una política de prevención en el seno de la empresa: el programa de cumplimiento

¿Qué hacer si se detecta un conducta anticompetitiva en mi empresa?

Cuando los órganos de dirección de una empresa detectan la existencia de una conducta anticompetitiva y/o toman conciencia de los riesgos que puede comportar seguir adelante con la misma, la decisión más inteligente es seguir una estrategia de colaboración con las autoridades de control de la competencia.

Según el momento en el que se decida dicha colaboración, las posibilidades de las que dispone la empresa o el directivo son diferentes:

El programa de clemencia



La clemencia implica la exención de la multa que, en su caso, impondría la autoridad de control, para la empresa o la persona física que sea la primera en aportar elementos de prueba sobre una conducta colusoria, cuando la autoridad desconocía su existencia o no tenía elementos de prueba que le permitieran desarrollar una inspección (art. 65 LDC).

El primer solicitante de clemencia es el único que queda completamente exento del pago de la multa.

En todo caso, para que el sujeto sea beneficiario de la clemencia deberá:

- a)** cooperar plena, continua y diligentemente con la autoridad de control;
- b)** poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba;
- c)** no haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención, ni haber revelado su intención de presentar una solicitud de clemencia;
- d)** no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

La solicitud de reducción del importe de la multa



Si alguna de las empresas partícipes en la conducta colusoria ya ha solicitado clemencia, el resto de empresas puede beneficiarse de una reducción considerable de la multa. Para ello deben colaborar aportando pruebas (art. 66 LDC). El porcentaje de reducción de la sanción, que oscila entre un 20% y un 50%, dependerá del momento en que inicie su colaboración.

En todo caso, para que el sujeto sea beneficiario de la reducción deberá:

- a)** facilitar elementos de prueba que aporten un valor añadido significativos con respecto a aquellos de los que ya disponía la autoridad de control;
- b)** cooperar plena, continua y diligentemente con la autoridad de control;
- c)** poner fin a su participación en la presunta infracción en el

momento en que facilite los elementos de prueba;
d) no haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención, ni haber revelado su intención de presentar una solicitud de reducción de la multa.

Los acuerdos de transacción



El acuerdo de transacción es un modo alternativo de resolver un expediente sancionador: la empresa infractora reconoce su participación y su responsabilidad en la conducta colusoria, renunciando a algunos derechos de defensa (el acceso al expediente administrativo y a ser escuchadas en audiencia) y aceptando los elementos básicos de la infracción, a cambio de una reducción de la multa. En el marco de un procedimiento ante la Comisión Europea, la reducción es de un 10%.

Si bien esta medida no está contemplada en nuestra legislación vigente, posiblemente se introduzca en una próxima reforma de la Ley de defensa de la competencia.

Este modo de resolver el expediente tiene importantes ventajas para la empresa infractora, pues no sólo reduce la multa, sino que también acorta los tiempos del procedimiento sancionador, con lo que ello supone de ahorro en costes.

La terminación convencional



Si el expediente sancionador ya ha sido incoado por la autoridad de control de la competencia, pero la Dirección de Investigación todavía no ha presentado una propuesta de resolución, la empresa puede proponer compromisos para remover los efectos anticompetitivos de su conducta (art. 52 LDC). Esta medida tiene importantes ventajas para la empresa infractora, pues acorta los tiempos del procedimiento sancionador, con lo que ello supone de ahorro en costes.

Una política de prevención en el seno de la empresa: el programa de cumplimiento

La empresa puede reducir los riesgos de que se cometan infracciones del Derecho de la competencia en el seno de su organización, y con ello sus efectos contraproducentes (multas, indemnizaciones por daños, nulidad de contratos y costes reputacionales), mediante la instauración de una política de prevención.

Una organización empresarial moderna requiere el establecimiento de un programa de cumplimiento en materia de competencia que tenga por objeto:

- formar en la cultura de la libre competencia a los órganos que tomen las decisiones estratégicas de la empresa, a los directivos y a los empleados;
- detectar con rapidez las posibles conductas restrictivas de la competencia que pudieran darse en torno a la empresa; y
- establecer medidas correctoras.



El programa de cumplimiento en materia de competencia



La implantación de programas de cumplimiento está muy extendida en la empresa. Estos programas se han centrado fundamentalmente en el ámbito penal donde, como consecuencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se normativizó la posibilidad de beneficiarse de una exención o atenuación de la pena en caso de tener implantado un sistema de cumplimiento efectivo (artículo 31 bis Código penal y Circular de la Fiscalía 1/2016).

Instaurar una cultura del cumplimiento normativo y comportamiento ético en el seno de la empresa le reporta grandes beneficios: evita sanciones y promueve la creación de valor. Por ello se ha extendido a otros ámbitos más allá del penal (laboral, medioambiental, ciberseguridad, protección de consumidores, uso de información privilegiada, protección de datos y la propia defensa de la competencia).

La legislación de competencia todavía no prevé expresamente los programas cumplimiento como un supuesto de exención o atenuación de las sanciones en caso de infracción. Pero la propia función de Advocacy (promoción) impulsada por la normativa de competencia se enraiza precisamente en el concepto de cumplimiento y fomento del Compliance.

La implantación de un programa de cumplimiento en materia de competencia se dirige a establecer un sistema de control interno y de vigilancia que permita a la empresa evitar, en la medida de lo posible, la comisión de ilícitos de competencia en su seno o, en caso de no poder evitarlos, reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, así como facilitar su rápida detección. En la línea del Compliance penal, para que un programa de cumplimiento sea efectivo se recomienda que contemple los siguientes elementos:

- 1.** Identificar las actividades de la empresa susceptibles de generar un ilícito de competencia.
- 2.** Implantar modelos de gestión adecuados para impedir o prevenir la comisión de infracciones de competencia.
- 3.** Imponer la obligación de informar de posibles riesgos o incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del Compliance.
- 4.** Establecer un sistema disciplinario.
- 5.** Realizar un seguimiento periódico para su control y eventual modificación.

En definitiva, se trata de integrar la cultura de la libre competencia como un elemento más del programa de cumplimiento que cada empresa implante.



El programa de cumplimiento en materia de competencia: ¿Qué es y qué no?

El objetivo principal de un programa de cumplimiento en materia de competencia consiste en identificar los riesgos relacionados con eventuales infracciones de las normas de competencia y adoptar las medidas correctoras para solucionar y/o mitigar sus consecuencias.

Un programa de cumplimiento en materia de competencia ES un protocolo de actuación que tiene por objeto instalar una cultura eficiente de competencia en el seno de la empresa, a través de:

- a)** la formación de toda la organización empresarial (órganos ejecutivos y empleados) en Derecho de la competencia y en buenas prácticas que ayuden a prevenir infracciones; y
- b)** el establecimiento de procedimientos de detección de posibles conductas anticompetenciales y, en su caso, la aplicación de medidas correctoras que permitan minimizar los daños ocasionados (o que se puedan ocasionar) tanto a la propia empresa implicada, como al resto de operadores en el mercado (competidores, consumidores) y al bienestar social



Un programa de cumplimiento en materia de competencia:

- NO ES un mero documento que pretenda generar sin más la apariencia de ser respetuoso con el Derecho de la competencia.
- NO ES un procedimiento estándar, pues no siempre resultará adecuado en función de las características específicas de una determinada empresa.
- NO ES un conjunto de reglas internas que simplemente vengán a reproducir la normativa de competencia.
- NO ES un conjunto de medidas genéricas de vigilancia.

El programa de cumplimiento en materia de competencia debe asentarse sobre la honesta voluntad de la organización empresarial de ser respetuosos con la libre competencia, de generar una verdadera cultura de cumplimiento del Derecho de la competencia.



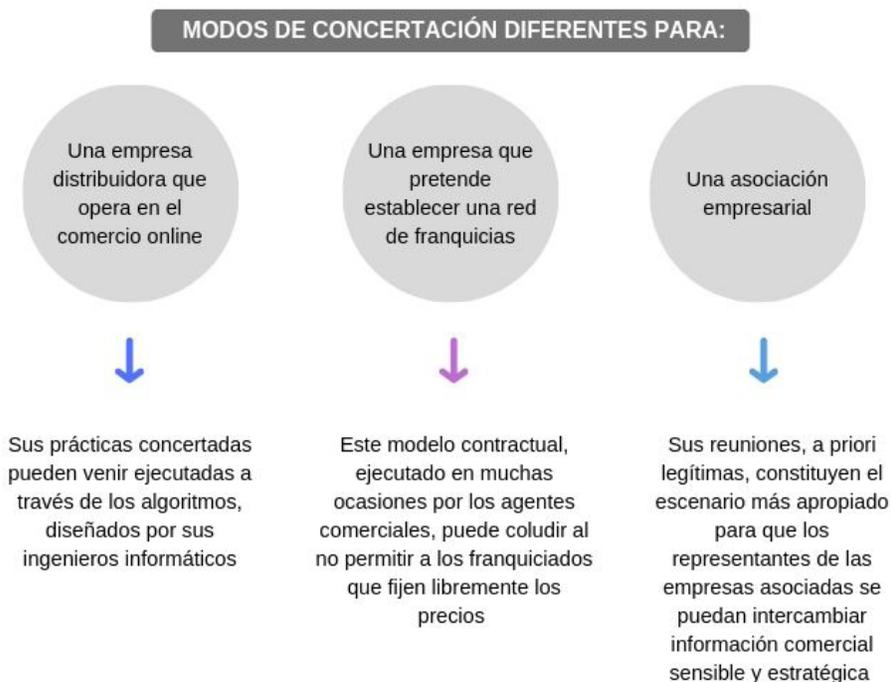
No hay un modelo único válido para todas las empresas

Las organizaciones empresariales son muy diversas. Su mayor o menor complejidad depende de muchos factores, entre otros: el tamaño, si desarrollan una o varias unidades de negocio, el tipo concreto de actividad/es económica/s, el número de empleados y sus distintas categorías, el o los mercados geográficos en los que operan o tienen pensado operar y la cuota de mercado que se ostente.

En consecuencia, el programa de cumplimiento en materia de competencia de una empresa no es válido ni efectivo para otra. Cada empresa requiere su específico programa, adaptado a sus necesidades y características, un traje a medida.

Por otro lado, los recursos económicos y personales que se destinen al programa deben ser acordes y proporcionales a la dimensión y complejidad de la estructura de la empresa.

Ejemplo



RIESGOS DIFERENTES PARA:

Una corporación multinacional con presencia en diversos países y una organización descentralizada

Una empresa con un mercado nacional y una organización centralizada y piramidal

Un pequeño empresario local

En todo caso, y si bien cada operador debe elaborar su propio programa de cumplimiento, es aconsejable seguir determinadas pautas que contribuyan a que el mismo sea serio y eficiente. A continuación se recomiendan una serie de elementos que deben ser tenidos en cuenta en este sentido.



Los elementos a tener en cuenta en un programa de cumplimiento en materia de competencia

La sensibilización de la empresa en la cultura de competencia

Una declaración de compromiso corporativo con la libre competencia

Acciones de formación

¿Cómo incentivar a los empleados para que respeten la libre competencia?

La elaboración del programa de cumplimiento

La competencia como un ítem más de un programa de cumplimiento integral

Fases del programa

La sensibilización de la empresa en la cultura de competencia

Para que la conducta empresarial sea pro-competencia, el primer paso es tomar conciencia de la importancia de la libre competencia. Las distintas estructuras de la organización deben conocer qué es, y percibirla como uno de los principios que inspiran la política empresarial, desplegándose a través de sus diferentes niveles.

Esta labor debe ser más intensa en aquellos sectores económicos en los que las restricciones de la competencia han sido vistas como un modo tradicional de proceder. En estos casos, se trata de cambiar la cultura empresarial existente.

Una declaración de compromiso corporativo con la libre competencia



Si la empresa quiere que su organización respete la libre competencia, debe hacer visible esa voluntad mediante una declaración de compromiso proveniente de los órganos decisorios y de gobierno, que vaya más allá de una mera declaración de intenciones. Es un requisito fundamental para mentalizar y convencer a su entramado empresarial de que hay un auténtico posicionamiento en favor de un correcto comportamiento en el mercado.

La declaración no debe quedarse simplemente en un lema. Habrá que integrar el mensaje en el PLAN ESTRATÉGICO DE LA EMPRESA, como objetivo y como mecanismo de mejora. En este sentido, resulta imprescindible que la ejecución del programa de cumplimiento sea tenida en cuenta en el presupuesto anual de la empresa. Sin recursos, no hay acciones, no hay programa, no hay verdadero compromiso.

Acciones de formación



Es condición necesaria para respetar el Derecho de la competencia conocerlo previamente. Las acciones de formación en el seno de la empresa pueden ser de distinto calado. En todo caso, resulta conveniente desplegar varias líneas de actuación:

ACCIONES DE FORMACIÓN - GRUPO I

Elaborar un MANUAL O GUÍA fácilmente accesible para todos los miembros de la organización (ej. en la intranet de la empresa) que explique de manera clara y concisa:

- a) Cuáles son los beneficios de la libre competencia y los riesgos de su contravención.
- b) Qué conductas son lícitas y cuáles son ilícitas desde el punto de vista del Derecho de la competencia (ejemplos concretos de qué se puede y qué no se puede hacer), con especial consideración a aquellas que con mayor probabilidad se den en la concreta empresa.
- c) Quién o quiénes son los responsables del programa de cumplimiento.
- d) Cómo funciona el canal de comunicación y de denuncias.

ACCIONES DE FORMACIÓN - GRUPO II

Organizar CURSOS MÁS ESPECÍFICOS, dividiéndolos por áreas de negocio y por ámbitos competenciales: unos destinados a los miembros de los órganos de



administración y dirección; otros dirigidos a otros empleados o colaboradores externos de la empresa, según sus funciones concretas.

Ejemplo 1.

El área comercial o de ventas (tanto representantes de comercio que formen parte de la plantilla como los agentes comerciales externos) debe recibir una formación específica sobre la regulación de los acuerdos verticales de distribución, que pueden implicar tanto conductas colusorias (art. 1 LDC y Reglamento UE nº 330/2010) como abusos de posición de dominio (art. 2 LDC, p. ejemplo por una negativa de suministro).

Ejemplo 2.

Los órganos que representen a la organización (órgano de administración, gerente) deben recibir una información específica sobre intercambios de información en el marco de las asociaciones empresariales a las que se pudiera pertenecer, pues en ellas se entablan relaciones con competidores directos.

Estos cursos deberían ser iterativos y celebrarse en especial cuando se produzcan novedades legislativas (aprobación de leyes y/o interpretación de las mismas mediante resoluciones de las autoridades de control de la competencia) o jurisprudenciales (sentencias) que puedan afectar al modo de proceder de los miembros de la organización empresarial.

Todo acto de formación debe ser lo más sencillo y preciso posible, para que el mensaje resulte claro y aporte seguridad a los individuos que forman parte de la empresa, teniendo en cuenta que la mayoría no van a estar familiarizados con el lenguaje jurídico.

¿Cómo incentivar a los empleados para que respeten la libre competencia?



En ocasiones no es suficiente con concienciar a los empleados sobre los beneficios micro y macroeconómicos del respeto a la libre competencia. En esos casos resultan eficaces aquellas medidas que tengan un efecto disuasorio, en el sentido de desmotivar las hipotéticas vulneraciones del Derecho de la competencia, como la imposición de sanciones de carácter disciplinario a los miembros de la organización empresarial que diseñen y/o pongan en marcha una práctica anticompetitiva, siempre y cuando dichas medidas respeten el marco del Derecho laboral.



La elaboración del programa de cumplimiento

La competencia como un ítem más de un programa de cumplimiento integral



Cuando se quiere enviar un mensaje de comportamiento ético, respetuoso con la legalidad, no es coherente que el cumplimiento se limite a una parcela del Derecho. Podría resultar incluso confuso para los empleados. Por ello es oportuno integrar el programa de cumplimiento en materia de competencia en una estructura o código de buena conducta integral.

Fases del programa



FASE I: Designar un responsable (Compliance Officer de Competencia)

Para garantizar la efectividad y supervisión del programa, debe designarse a una o varias personas (en función del



tamaño y la complejidad del entramado empresarial) especializadas en Derecho de la competencia, con formación y técnica suficientes para desarrollar y aplicar el programa de cumplimiento.

Son funciones propias del Compliance Officer:

- a)** identificar los riesgos de conductas restrictivas de la competencia en el seno de la empresa, a partir de un conocimiento exhaustivo de la estructura empresarial y sus unidades de negocio;
- b)** establecer los protocolos de actuación para minimizar los riesgos de conductas restrictivas de la competencia;
- c)** establecer los protocolos de actuación para conocer la existencia de conductas restrictivas de la competencia y reducir al máximo sus efectos negativos;
- d)** gestionar el canal de comunicación y denuncias de los empleados;
- e)** informar al órgano de dirección y proponer las acciones y medidas de toda índole (estratégicas, presupuestarias, disciplinarias, etc, que considere convenientes para la minimización de riesgos o daños, o la corrección de los acaecidos y el mejor aprendizaje organizacional.

Para el correcto y eficiente desarrollo de sus funciones, deben poder actuar con plena autonomía y recursos suficientes. En este sentido, es especialmente relevante que se le reconozcan y otorguen facultades para influir en el proceso de toma de decisiones, emitiendo informes y participando en las reuniones de los órganos de gobierno, con plena independencia.

FASE II: Identificar los riesgos anticoncurrenciales

Diseñar un programa de cumplimiento eficiente en materia de competencia requiere, en primer lugar, identificar:

- a) las áreas de negocio y las parcelas de la organización empresarial que ofrecen el contexto adecuado para cometer infracciones del Derecho de la competencia;
- b) las probabilidades de que la infracción se llegue a cometer; y
- c) el impacto que tendría la infracción en la empresa y su entorno.

En definitiva, se trata de identificar los riesgos anticoncurrenciales. No debe olvidarse que los riesgos pueden constituir debilidades del negocio.

F.II.1. Preparar un test inicial de riesgos de infracción

Se recomienda elaborar un listado inicial de preguntas cuya respuesta afirmativa ofrezca una primera fotografía de los riesgos de comisión de infracciones del Derecho de la competencia. Los riesgos son los puntos críticos sobre los que habrá que actuar. De este modo, los esfuerzos del programa de cumplimiento se pueden dirigir a aquellas conductas a las que está más expuesta la empresa y no malgastar recursos en aquellas otras en las que no haya riesgo.

Ejemplo 1.

Si la empresa tiene un sistema de distribución comercial, será necesario formar a los comerciales en la regulación de acuerdos verticales.

Ejemplo 2.

Si la empresa tiene contacto habitual con sus competidores, habrá que diseñar un programa que prevenga el riesgo de intercambio de información sensible desde la perspectiva de la competencia y evitar una conducta colusoria.



Ejemplo 3.

Si la empresa no concurre nunca en licitaciones públicas ni participa en UTEs o Agrupaciones de interés económico (AIEs) a tal efecto, no es necesario desarrollar actos de formación enfocados a prevenir el Bid Rigging.

A continuación se ofrece un **EJEMPLO** DE LISTADO DE PREGUNTAS:

CONTEXTO DE LA EMPRESA	(marcar si aplica)
¿Tenemos reuniones en distintos foros con los competidores?	
¿Cerramos habitualmente o de manera ocasional acuerdos de colaboración con los competidores?	
¿Formamos parte de alguna UTE, AIE o consorcio?	
¿Participamos en alguna ocasión en licitaciones públicas?	
¿Estamos asociados de alguna manera con competidores a través de plataformas o centrales de compra?	
¿Imitamos los comportamientos de nuestros competidores en materia de precios y condiciones comerciales?	
¿Utilizamos algoritmos que rastreen las condiciones comerciales de nuestros competidores?	
¿Intercambiamos algún tipo de información comercial en foros empresariales o profesionales?	
¿Tenemos un sistema de distribución de nuestros productos o servicios en el que imponemos o recomendamos precios de reventa?	
¿Ejercemos mucha presión sobre nuestros comerciales para que consigan clientes a toda costa?	
Dentro de nuestras unidades de negocio ¿controlamos algún mercado?	
¿Aplicamos condiciones comerciales diferentes a nuestros clientes sin una justificación objetiva?	
¿Distribuimos productos/Prestamos servicios de manera exclusiva?	
¿Tenemos clientes o proveedores que dependan económicamente de nosotros?	
¿Reducimos nuestros precios por debajo del coste de adquisición o producción sin una justificación razonable y objetiva?	
¿Tendemos a incrementar de manera excesiva nuestros precios, ante la certeza de que nuestros clientes no nos abandonarán?	
¿Obligamos a nuestros clientes a que acepten productos/servicios que no desean o que no les conviene, ante la certeza de que no nos abandonarán?	

La respuesta afirmativa requerirá un despliegue de nuevas preguntas que permitirá adentrarse en la posible conducta ilícita concreta. Se trata de realizar un diagnóstico preciso que permita prescribir posteriormente el remedio más adecuado.

F.II.2. Concretar los distintos riesgos que pueden manifestarse en los diferentes departamentos de la empresa.

Una misma empresa puede cometer distintas infracciones de la competencia, dependiendo, tanto del área de negocio como del concreto departamento de la empresa. Por ello es importante, a partir del test inicial de riesgos de infracción, delimitar aquellas unidades o departamentos (tanto desde una perspectiva horizontal como vertical de la empresa) que puedan detectar y precisar el nivel de riesgo. En este sentido, el Compliance Officer debe conocer en detalle toda la estructura de la organización. Para ello será necesario realizar entrevistas con los empleados que le ayuden a entender los procesos y las estrategias que se siguen en las distintas unidades y departamentos, y recabar la información suficiente para analizar debidamente los riesgos y su impacto.

F.II.3. Analizar el nivel de riesgo y su impacto

Una vez determinados los riesgos es recomendable desarrollar una metodología que analice el nivel de cada riesgo (alto, medio o bajo), la probabilidad de que los mismos se materialicen y determine el impacto que ello tendría sobre la empresa y su entorno.

Para valorar el IMPACTO se tendrán en cuenta las siguientes posibles consecuencias:

- las sanciones económicas
- las indemnizaciones por daños y perjuicios
- la prohibición de contratar con el sector público
- la responsabilidad penal



- los costes reputacionales
- la nulidad de contratos
- la ineficiencia derivada de la distracción de la organización de su actividad principal, al estar centrada en la defensa frente a la imputación, o la mera inspección por una infracción

La metodología concreta será más o menos sofisticada en función de la complejidad de la organización.

Se debe priorizar y prestar especial atención a aquellos riesgos elevados. El programa de cumplimiento debe actuar inmediatamente y con especial intensidad cuando haya una alta probabilidad de que se cometa la infracción y su efecto para la organización sea muy negativo.

FASE III: El protocolo de actuación

F.III.1. Medidas para minimizar los riesgos

La empresa debe adoptar medidas de carácter preventivo que reduzcan las probabilidades de que se cometan infracciones del Derecho de la competencia. Para ello, deberá establecer un protocolo para cada riesgo identificado o, al menos, para aquellos de nivel alto o medio. En dicho protocolo, se determinarán las pautas de actuación para evitar la comisión de un ilícito de competencia o minimizar sus efectos.

Ejemplo:

En una asociación empresarial en la que se reúnen competidores hay un elevado riesgo de que éstos intercambien información de tal manera que afecte a su comportamiento autónomo y comporte la coordinación de sus estrategias comerciales. Por ello deberá elaborarse un protocolo que incluya medidas del siguiente estilo:

- Todos los temas a tratar en la reunión deben contemplarse en la convocatoria, que será revisada por el Compliance

Officer especialista en Derecho de la competencia.

- Durante la celebración de la reunión, quienes la dirijan deberán insistir en los riesgos de compartir información comercial sensible a la competencia (ej. precios, descuentos, costes, otros factores de formación del precio, volumen de ventas, volumen de entregas e inversiones).

F.III.1.1. En la estructura interna de la propia empresa

- **ACCIONES DE FORMACIÓN.** Mantener las acciones de formación de los miembros de la organización (órganos de decisión, dirección y demás empleados) de tal manera que tengan seguridad y confianza en el desarrollo de sus funciones.
- Reforzar de manera positiva el comportamiento respetuoso con la legalidad -> NUDGES: son iniciativas propias de la Ciencias de la conducta, encaminadas (en un programa de Compliance en materia de competencia) a que los miembros de la organización recuerden y tomen conciencia de su responsabilidad antes de tomar una decisión que afecte al comportamiento de la empresa en el mercado.

Se trata de divulgar información y hacer advertencias (generales, o en los momentos próximos a la toma de decisión) influyendo en la conducta del destinatario, estimulándole a no infringir las normas.

Para que resulte eficiente se recomienda:

- Que los mensajes sean concisos, claros y efectistas

Ejemplos:

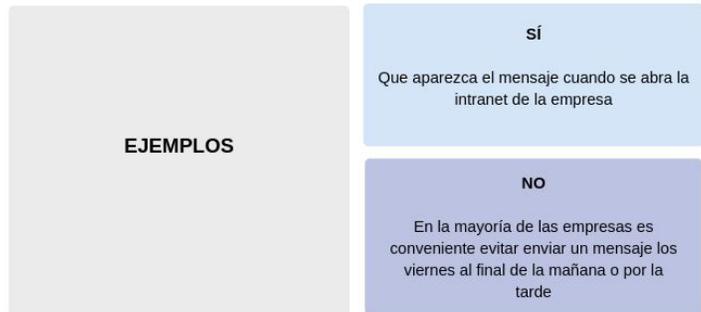
«Nuestra empresa cree en la libre competencia»

«Nuestra empresa es líder en el mercado, por eso tenemos una mayor responsabilidad social»

«Restringir la competencia significa perjudicar a los más desfavorecidos»



- Que se elija el/los momento/s adecuado/s de lanzamiento de tal manera que generen más impacto en el receptor (en determinadas épocas, días de la semana u horas del día, el mensaje puede pasar desapercibido).



- Que se lancen de manera proporcionada (la repetición excesiva puede dejar de tener efectos, o que éstos sean contraproducentes) p. ej. distintos nudges en distintas épocas del año.

- Implicar a los empleados en la reflexión sobre los problemas para cumplir las normas de competencia -> enfoque THINK: la deliberación puede tener un resultado positivo práctico: la puesta en común de las experiencias de los empleados contribuye a detectar dónde puede haber más riesgos y dónde residen los problemas para cumplir con el Derecho de la competencia, así como a encontrar soluciones de manera colectiva.

- Recordar la función del COMPLIANCE OFFICER COMO INTERLOCUTOR. En la medida en que los miembros de la organización empresarial no son expertos en Derecho de la competencia, siempre habrá parcelas y conductas cuya licitud genere dudas. Así, es necesario que el Compliance Officer resulte accesible, sea colaborativo y esté a disposición de los empleados. Para que esta posibilidad tenga éxito, es imprescindible que se genere una atmósfera de confianza entre los responsables del programa de cumplimiento y el resto de la organización.

- Diseñar POLÍTICAS EMPRESARIALES que sean COHERENTES con el mensaje de cumplir con la libre competencia.

Ejemplo: Puede resultar confuso para un agente comercial que, por un lado, se le exija la obtención del máximo número posible de clientes y de pedidos sin importar cómo y, por otro, que se le den indicaciones de cumplimiento con la normativa de competencia.

F.III.1.2. En las relaciones externas de la empresa

En las relaciones contractuales con terceros (ej. proveedores, clientes, agentes comerciales, asociaciones empresariales en las que se integra la empresa), la organización debe asegurarse de que también aquéllos cumplen con las normas de competencia. Relacionarse con personas que no son respetuosas con la legalidad favorece el contagio de la cultura de la infracción y puede involucrar a la empresa, aún sin su conocimiento ni voluntad, en infracciones de las que deriven procesos sancionadores de todo tipo. A tal efecto se sugiere:

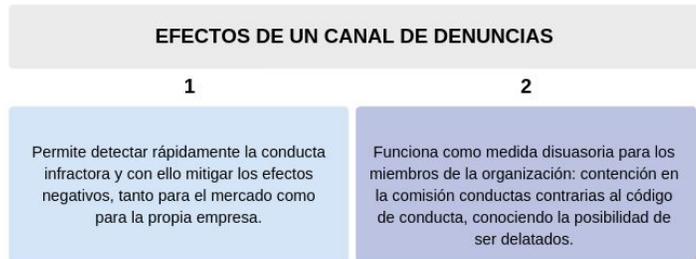
- condicionar su relación contractual/comercial a que tengan sus propios programas de cumplimiento, y/o
- contemplar como causa de resolución de su relación contractual que el tercero sea sancionado por la participación en conductas restrictivas de la competencia.

F.III.2. Canales de denuncia

La colaboración de los empleados en el desarrollo del programa de cumplimiento es fundamental.



Se recomienda establecer un canal de comunicación directa con los responsables del programa y así poder denunciar las prácticas contrarias a la libre competencia que observen en el seno de la empresa.



De nuevo el éxito de esta medida va a depender de la generación de una **ATMÓSFERA DE CONFIANZA** entre los responsables del programa de cumplimiento y el resto de la organización. Para ello:

- El empleado denunciante debe tener la seguridad de que el Compliance Officer actuará con independencia, de manera imparcial y al servicio de la libre competencia, con el aval de la alta dirección de la empresa.
- Debe haber transparencia sobre:
 - quién gestiona el canal de denuncia
 - cómo se protege la confidencialidad del denunciante
 - cuál es el procedimiento que se va a seguir tras la denuncia

LA RESPUESTA A LA DENUNCIA DEBE SER RÁPIDA

- Cabe la posibilidad de establecer un canal de denuncia anónimo.

Para que el canal de denuncia sea utilizado es necesario que, dentro del proceso de cambio cultural, la empresa colabore en la superación de una anticuada imagen social negativa sobre la figura del denunciante o delator.

Obligatoriedad del canal de denuncia

El establecimiento de canales de denuncia que aseguren la protección de los informantes por infracciones del Derecho de la Unión Europea, y que incluyen también la normas de defensa de la competencia, será obligatorio para determinadas entidades, una vez entre en vigor la denominada Directiva Whistleblowing.

Sin perjuicio de que la norma que incorpore la Directiva resulte finalmente más estricta, en todo caso estarán obligadas a implantar estos cauces internos:

- las Administraciones públicas
- entidades jurídico-privadas con 50 o más empleados

F.III.3. Colaboración con las autoridades de control de la competencia

Cuando se detecta la existencia de una conducta anticompetitiva, la decisión más razonable y óptima es seguir una estrategia de colaboración con las autoridades de control de la competencia, con el fin de mitigar el impacto negativo de la conducta.

Según el momento en el que se decida dicha colaboración, las posibilidades de las que dispone la empresa son diferentes:





Para no frustrar los efectos beneficiosos que implica colaborar con las autoridades de control de la competencia, hay dos aspectos importantes a tener en cuenta:

a) Que la empresa sea eficiente en la obtención y puesta a disposición de las necesarias evidencias a las autoridades, pues una solicitud de clemencia, o de acuerdo de transacción, que no vaya acompañada de una actitud colaborativa puede resultar contraproducente a la hora de que la autoridad de control decida sobre la condonación o reducción de la sanción.

b) Que los miembros de la organización no revelen ninguna información al respecto, especialmente a aquellas empresas con las que se está participando en una concertación colusoria. Para que la solicitud de clemencia llegue a buen puerto, la empresa debe asegurar la lealtad de sus miembros. En tal sentido, es recomendable prever un régimen disciplinario o sancionador que recaiga sobre aquellas personas que lleguen a comunicar, intencionadamente o por negligencia, datos que frustren la clemencia.

F.III.4. Medidas disciplinarias internas

Corroborada la comisión, o el intento de comisión, de una infracción del Derecho de la competencia por parte de algún miembro de la organización empresarial, debería activarse el régimen disciplinario de la empresa.

Las sanciones deben ser PROPORCIONADAS a la gravedad de la conducta y siempre dentro del marco del Derecho laboral. Pueden ir desde una amonestación formal, una multa, la pérdida de posibilidades de promoción dentro de la empresa hasta, en los supuestos de vulneraciones muy graves con serios perjuicios para la empresa, el despido.

PERO, es conveniente contemplar circunstancias atenuantes.

Ejemplos

- colaboración en el proceso de investigación interna o, en su caso, de inspección por parte de la autoridad de control,
- desconocimiento de la ilicitud de la conducta,
- haber actuado bajo las instrucciones de un superior en la cadena de toma de decisiones.

FASE IV: Control de la eficacia del programa

El éxito del programa de cumplimiento en materia de competencia dependerá de su eficacia. Esta viene condicionada, tanto por el nivel de confianza que haya en el equipo responsable del programa como por los procesos para su aplicación.

F.IV.1 Medir los niveles de confianza

Uno de los aspectos importantes en el control de la eficacia del programa del cumplimiento es atender al nivel de confianza o desconfianza en la figura del Compliance Officer. Esta constituye el pilar central del programa de cumplimiento, pero no basta. Las dudas y las denuncias, que contribuyen a prevenir conductas restrictivas de la competencia, reducir los riesgos y corregir las prácticas ilícitas que se han puesto en marcha, parten del resto de la organización empresarial (primera línea de defensa). Se trata, en definitiva, de una labor en equipo basada en la confianza mutua.



Así pues, se deben establecer procesos internos que revelen los indicadores de confianza en el Compliance Officer. Para ello se puede, entre otras medidas:

- contabilizar el número de consultas,
- contabilizar el número de denuncias,
- activar un simulacro de conducta restrictiva de la competencia en el contexto de la actividad de la empresa y así observar qué tipo de reacción se produce por parte de los empleados.

Si las mismas dan resultados negativos, deberán establecerse medidas generadoras de confianza.

F.IV.2 Medir la eficacia de los procesos



FASE V: Revisión y actualización del programa

El programa de cumplimiento no puede ser una figura estática e inamovible.

Por un lado, la detección de lagunas y procesos ineficientes cuando se audite el programa de cumplimiento obliga a su revisión.

Por otro lado, varias son las circunstancias que obligan a su actualización:

1. modificaciones de la normativa de defensa de la competencia,
2. novedades en la interpretación y aplicación de las normas de defensa de la competencia por parte de las autoridades de control y los jueces,
3. cambios de las condiciones de competencia en el mercado,
4. eliminación de barreras de entrada (desregulación), o
5. cambios en la política comercial u organizativa de la empresa.

**NO SE PUEDE MANTENER EL DISEÑO
INICIAL DEL PROGRAMA DE
CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE
COMPETENCIA DURANTE TODA LA
VIDA DE LA EMPRESA**



Valoración de la participación de la participación en la consulta pública

El 1 de julio de 2019 la Autoridad Vasca de la Competencia (LEA/AVC) lanzó una consulta pública en materia de Compliance de Competencia, difundida mediante anuncios en prensa, página web y redes sociales. La consulta pública ha tenido como soporte la Guía de Compliance en materia de Competencia, una publicación elaborada por LEA/AVC en su función de Promoción de la Competencia en Euskadi, y el objetivo de la consulta ha sido conocer la percepción de todos los agentes económicos (públicos o privados) sobre la libre competencia, su aplicación por parte de los operadores y su implementación en sus procesos internos de gestión (compliance).

La libre competencia es uno de los principios vertebrales de nuestro sistema económico aunque, debido a la especificidad del derecho que lo regula, se hacen necesarias acciones que aporten mayor seguridad jurídica y un mejor conocimiento de la normativa y de cuáles son las actuaciones contrarias al derecho de la competencia. Por todo ello, los programas de cumplimiento en materia de competencia suponen una herramienta útil y eficaz en la gestión empresarial.

Se han recibido 17 aportaciones en el marco de la consulta pública de diversas entidades:

- 1 organización internacional
- 2 universidades
- 3 Colegios profesionales
- 1 Corporación de derecho público
- 1 consumidor
- 2 empresas de servicios-despachos jurídicos
- 1 asociación empresarial
- 6 empresas productoras/comercializadores

Un alto porcentaje de los participantes han solicitado mantener la confidencialidad de sus datos por lo que este informe de valoración respetará el anonimato de las entidades que han intervenido.



Aportaciones

De las 17 entidades, solamente dos disponen de un programa de cumplimiento específico de competencia. Sin embargo, 9 sí disponen de un compliance en otros ámbitos. La cuestión en la que sí existe unanimidad de criterio es en la conveniencia de incorporar en la próxima modificación de la Ley de Defensa de la Competencia el compliance de competencia como un atenuante ante una infracción.

¿Cuál es su grado de conocimiento de la normativa de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia?



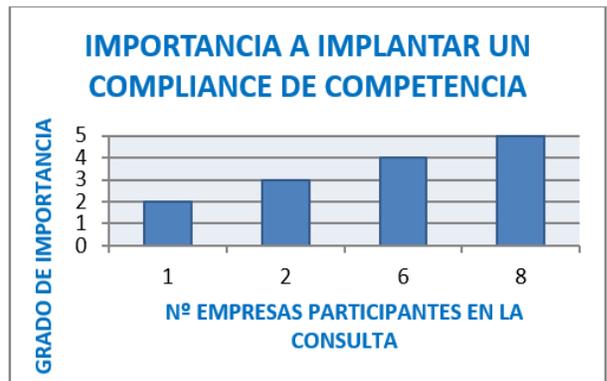
¿Qué importancia le otorga su organización a los programas de cumplimiento?



¿En qué grado tiene identificados en su empresa los riesgos de incidir en un acuerdo anticompetitivo?



¿Qué importancia le concede a ampliar o implantar un programa de cumplimiento en materia de competencia?



Opiniones, comentarios y sugerencias

- Organización internacional

La organización internacional participante en la consulta pública viene trabajando desde hace años en la línea estratégica de la transparencia y el compliance, incluyendo específicamente el compliance de competencia como una forma de abordar una visión ética de la gestión empresarial. Además de las sanciones económicas, no pueden perderse de vista las grandes consecuencias reputacionales de un comportamiento anticompetitivo.

Por ello, esta organización internacional impulsa activamente en su misión que las autoridades de control trabajen para fomentar los programas de cumplimiento en competencia, como una manera efectiva de prevenir los cárteles y de invertir en la creación de una cultura de competencia.

- Universidades

Las universidades están muy concienciadas en la implantación de programas de cumplimiento normativo, y desde hace varios años vienen diseñándolos y ejecutándolos en distintos ámbitos. Si bien la complejidad de esta organización empresarial demanda mucho tiempo para conseguir este objetivo, las universidades son plenamente conscientes de los beneficios que implican, en términos de eficiencia y calidad.

Por lo que se refiere a la materia de libre competencia, se reconoce que no hay desarrollada una cultura de competencia en nuestra sociedad (y no únicamente en la comunidad universitaria). Por ello se cree necesario que desde las autoridades de control se promueva la competencia, impulsando los respectivos programas de cumplimiento. Pero dado el coste inicial que estos implican (en términos temporales y de recursos humanos), se considera indispensable aportar incentivos a las empresas y organizaciones, por ejemplo, mediante la previsión legal de exoneración o atenuación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica en caso de que se produzcan conductas anticoncurrenciales en su seno.

- Colegios profesionales

Desde los Colegios Profesionales, se demanda formación y asesoramiento en materia de competencia.

- Corporación de derecho público

Se valora la competencia como un valor intrínseco al funcionamiento justo y democrático del sistema.

Se considera una obligación para todos los agentes de una sociedad moderna y realmente democrática el coadyuvar a la sensibilización y socialización de la normativa de competencia.

- Consumidor

Se considera que una sana competencia evita trasladar a la población un coste importante. Es más riguroso y positivo para la comunidad o población que recibe los servicios y productos, evaluar los costes de la no competencia y entrar en una cultura de prevención y promoción de las buenas practicas; en contraposición con el escenario actual básicamente sancionador.

- Empresas de servicios-despachos jurídicos

Uno de los despachos considera muy importante que una próxima modificación de la Ley de Defensa de la Competencia incluya el tratamiento específico que debe darse a los programas de compliance en el marco de la responsabilidad de las empresas que se vean sometidas a un procedimiento sancionador por infracciones de dicha ley.

La incorporación referida en la ley debería contener al menos los siguientes elementos:

- Considerar la implantación de un programa de compliance como un elemento atenuante de la responsabilidad infractora de la empresa. Tanto si dicho programa ya existe como si la empresa se compromete a implantarlo tras la emisión de la resolución sancionadora (aunque el efecto atenuante concreto pueda diferir en un caso respecto del otro).

- El elemento atenuante mencionado anteriormente debería tener un reflejo claro, objetivo y transparente en una reducción de la sanción a imponer a las empresas infractoras. Aunque también parece razonable que la Administración cuente con un cierto margen de



discrecionalidad de cara a valorar el impacto concreto en cada caso dependiendo de la naturaleza de la conducta infractora y de las características del programa de compliance que cada empresa tenga implantado.

- Dicha reducción debería ser compatible con, y adicional a, la aplicable en casos de solicitud de reducción del pago de la multa por colaboración con la Administración así como en casos de settlement agreements.

- Dicho elemento atenuante debe aplicarse a todo tipo de procedimientos sancionadores (no solo a casos de cárteles).

- Debe establecer con claridad las características que debe tener el programa de compliance para poder actuar como elemento atenuante. Probablemente el detalle de esas características no deba incluirse en la reforma de la Ley sino, más bien, en una circular elaborada con posterioridad.

El segundo despacho participante considera que existe una presunción generalizada de que las normas de competencia y, por ende, los programas de cumplimiento son para las “grandes” empresas.

A día de hoy el reto está en transmitir a las PYME, asociaciones, fundaciones, UTE y demás su obligación de cumplir con la normativa de competencia. Para implantar una cultura de cumplimiento se identifican tres elementos motivadores: sanción, reputación y ventaja competitiva.

Para conseguir que el cumplimiento de la normativa de competencia no sea una simple obligación legal sino un factor fundamental de la responsabilidad corporativa, además de una formación constante, debe primar el ejemplo de la alta dirección y mandos intermedios.

- Asociación empresarial

Se señala que es capital colaborar entre el tejido asociativo, las propias administraciones y la LEA/AVC en la difusión y formación sobre la materia de derecho de competencia en Euskadi.

Demuestra su preocupación por el comportamiento de algunas plataformas digitales que requiere de un análisis intenso en materia de competencia ya que en demasiadas ocasiones, pueden estar falseando la competencia por actos desleales generando graves distorsiones en el mercado, afectando eventualmente al interés público.

- Empresas productoras/comercializadores

Una de las empresas que representa intereses del sector de la construcción, considera fundamental que se profundice en la divulgación de estos programas de compliance entre las empresas a través de campañas o jornadas en las que estas puedan tomar parte.

Una segunda empresa del sector de la construcción, considera imprescindible fomentar el compliance en pymes y autónomos y el deber ejemplarizante de la administración.

Otra de las participantes del sector de las telecomunicaciones, señala que la ausencia de un programa de compliance en materia de competencia no impide que se puedan llevar a cabo actuaciones concretas en aquellos casos específicos que así lo requieran. No obstante, los programas de compliance en materia de competencia contribuyen a reducir los riesgos asociados a esta materia en el ámbito empresarial.

La entidad del sector logístico que ha contribuido en esta consulta, considera apropiado este proceso participativo teniendo en cuenta que solo con la defensa de la libre competencia se asegura la libertad del mercado y la competitividad del sector. Además, la incorporación de la competencia al compliance asegura que las empresas



implementan sistemas activos de formación, control y se adoptan las medidas necesarias para su cumplimiento.

Por último, un grupo del sector industrial tecnológico identifica que la clave para evitar los riesgos anticoncurrenciales está en la concienciación y, por lo tanto, en los mensajes y en la formación. Existen pocos controles para este tipo de actuaciones, más allá de un canal ético, pero se recomienda la realización de sesiones y material formativo, para poder trasladarlos en la empresa, especialmente, a los órganos decisorios.