



Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia



Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia

Por favor cite este documento como:

OCDE (2021), *Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia*, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE, <http://oe.cd/ccp>

Este documento de debate no debe considerarse como la opinión oficial de la OCDE o de sus países miembros. Las opiniones expresadas y los argumentos empleados corresponden al autor. Este documento describe los resultados de la investigación del autor y se publica para estimular los debates durante las reuniones del Comité de Competencia de la OCDE.

Este documento y cualquier mapa incluido en el mismo se entienden sin perjuicio del estatus o de la soberanía sobre cualquier territorio, de la delimitación de fronteras y límites internacionales, así como del nombre de cualquier territorio, ciudad o zona.

© OCDE 2021

Preámbulo

Este documento se centra en la evolución de las políticas de las autoridades de competencia en relación con los programas de cumplimiento corporativo dirigidos a los cárteles en particular.

Las autoridades de competencia han continuado e intensificado sus esfuerzos para promover programas de cumplimiento con el derecho de la competencia y el cumplimiento con el derecho de la competencia en un sentido más amplio. Se han producido cambios políticos para recompensar el cumplimiento, y los enfoques de las autoridades de competencia difieren. Los programas de cumplimiento también han pasado a formar parte de las obligaciones que las autoridades de competencia imponen a los casos de cártel. Algunas autoridades de competencia se comprometerán en la evaluación de programas de cumplimiento fuera del contexto estricto de la aplicación de la ley.

Las autoridades de competencia comprometidas con la defensa o la evaluación de programas de cumplimiento adoptan sistemáticamente una postura sobre los elementos que consideran esenciales para un programa de cumplimiento con el derecho de la competencia eficaz, incluso cuando intentan no ser prescriptivas.

Sobre la base de los enfoques de las autoridades de competencia observadas, una serie de indicadores sobre la aplicación de la ley, el debate académico y los conocimientos de las políticas de lucha contra la corrupción y de compras, pueden identificarse algunos elementos que podrían ayudar a mejorar la efectividad de los programas de cumplimiento con el derecho de la competencia. Estos elementos tratan la detección interna de las empresas y la posterior denuncia de las conductas indebidas, la importancia y las consecuencias de la participación del nivel directivo en las infracciones, la alineación de incentivos de cumplimiento con incentivos de rendimiento, la supervisión proactiva de los procesos empresariales, y los esfuerzos de cumplimiento que van más allá de la propia empresa para incluir a los socios comerciales.

Aunque estos no son los únicos elementos requeridos, y ciertamente no son suficientes, las autoridades de competencia pueden querer prestarles especial atención cuando evalúen o diseñen sus políticas de cumplimiento para garantizar que se ajustan a los marcos de aplicación sobre cárteles y siguen siendo relevantes y adecuados para su objetivo.

Este documento fue preparado por Sabine Zigelski, con el apoyo de Lynn Robertson y Carlotta Moiso (todas pertenecientes a la División de Competencia de la OCDE). Los datos sobre competencia fueron facilitados por Menna Mahmoud (consultora de la OCDE) y Wouter Meester (División de la Competencia de la OCDE). El documento contó con los comentarios de Antonio Capobianco, Gaetano Lapenta, Matteo Giangaspero, Paulo Burnier da Silveira y Renato Ferrandi (todos pertenecientes a la División de Competencia de la OCDE).

Se preparó como material de base para la reunión virtual del Grupo de Trabajo 3 del Comité de Competencia celebrada el 8 de junio de 2021, www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes.htm.

Índice de contenidos

1. Introducción	6
2. Evolución de la política de cumplimiento.....	9
2.1. Defensa	10
2.2. Práctica en la aplicación de la ley	13
2.3. Implicaciones de los recursos	18
3. La eficacia de los esfuerzos de cumplimiento	21
3.1. Conocimiento del derecho de la competencia y programas de cumplimiento.....	25
3.2. Estadísticas de la aplicación de la ley sobre cárteles	27
4. Conocimientos de otros ámbitos políticos: contratación pública y lucha contra la corrupción	32
4.1. Contratación pública	32
4.2. Lucha contra la corrupción	35
5. Programas de cumplimiento eficaz.....	38
5.1. Detección y denuncia temprana	38
5.2. Participación de la dirección.....	40
5.3. Incentivos de cumplimiento	44
5.4. Auditoría y control de los procesos corporativos	45
5.5. Cumplimiento de terceros	47
6. Conclusiones.....	50
Anexo A. Directrices de la autoridad de competencia	52
Notas finales.....	54
Referencias.....	65

Cuadros

Cuadro 2.1. Reconocimiento del cumplimiento	13
---	----

Gráficos

Gráfico 3.1. Número total de decisiones sobre cárteles, 2015-2019	28
Gráfico 3.2. Total de multas relacionadas con cárteles impuestas por año, 2015-2019	28
Gráfico 3.3. Número total de registros sorpresa, 2015-2019	29
Gráfico 3.4. Número total de solicitudes de clemencia, 2015-2019	29
Gráfico 3.5. Las solicitudes de clemencia, los registros sorpresa y las investigaciones de oficio en los casos de cártel, 2015-2019	30

Recuadros

Recuadro 1.1. Características de los programas de cumplimiento eficaz	7
Recuadro 2.1. Perú: Directrices de 2020 para los programas de cumplimiento con el derecho de la competencia	11
Recuadro 2.2. Francia: Directrices sobre cumplimiento para los organismos profesionales	12
Recuadro 2.3. Cambio de política en Estados Unidos	15
Recuadro 2.4. Chile: papel de los tribunales en la definición del enfoque de los programas de cumplimiento	16
Recuadro 2.5. EE.UU. vs Apple: supervisión de cumplimiento externo	19
Recuadro 3.1. Áreas de cumplimiento corporativo	22
Recuadro 3.2. Trabajo de la OCDE en materia de cumplimiento corporativo	24
Recuadro 3.3. Impulsores del cumplimiento corporativo con la legislación en materia de lucha contra la corrupción	26
Recuadro 4.1. Programas de cumplimiento, liberación condicional de la inhabilitación	33
Recuadro 4.2. La autolimpieza según la legislación de contratación pública europea	34
Recuadro 5.1. Denuncia, el punto de vista de la empresa	39
Recuadro 5.2. Cánteles con participación de la alta dirección	41
Recuadro 5.3. ¿Qué hace que los cánteles sean atractivos para los empleados de alto nivel?	42
Recuadro 5.4. Mejora del equilibrio de género para mejorar el cumplimiento	43
Recuadro 5.5. Algoritmos como un riesgo de cumplimiento	45
Recuadro 5.6. AB InBEV utiliza la IA para luchar contra la corrupción y el fraude	47
Recuadro 5.7. Guía de la OCDE sobre el cumplimiento de terceros	48

1. Introducción

Las autoridades de competencia están interesadas en el cumplimiento con el derecho de la competencia por parte de las empresas. Una política de cumplimiento eficaz ayudará a prevenir violaciones de leyes sobre competencia y el consiguiente daño a la competencia y a los consumidores. En un debate celebrado en la OCDE en 2011 (OECD, 2011^[1]) se abordaron varios factores que promueven el cumplimiento, en primer lugar, a través de la disuasión, como multas a las empresas, sanciones a las personas físicas (incluida la cárcel), programas de clemencia, acciones privadas de indemnización por daños y perjuicios, órdenes de exclusión e inhabilitación de los directores y sistemas de denuncia de irregularidades (o recompensas). Únicamente se dedicó una parte más corta del debate a la prevención y en particular a los programas de cumplimiento corporativo.

En vista del creciente compromiso de las autoridades de competencia con los esfuerzos de cumplimiento preventivo, a través de la defensa y de la orientación específica de cumplimiento, este documento se centra en los programas de cumplimiento con el derecho de la competencia y en los esfuerzos de defensa relacionados con esto y examinará estos programas desde la perspectiva de una autoridad de la competencia. Esta perspectiva se pregunta si los programas de cumplimiento y los esfuerzos de la autoridad de competencia relacionados con esto tienen una eficacia demostrada: ¿aumenta el cumplimiento y qué elementos pueden hacer que un programa sea realmente eficaz? Cuando una autoridad de la competencia se compromete en facilitar orientación o reconocer los programas de cumplimiento, espera obtener beneficios como un aumento en prevención, detección y disuasión de las infracciones en materia de competencia. Los enfoques empleados en otros ámbitos políticos como las compras o la lucha contra la corrupción pueden aportar interesantes ideas adicionales e inspiración.

Los principales elementos de la política y los programas de cumplimiento corporativo (Recuadro 1.1) son bien conocidos y cualquier programa debe ajustarse a las especificidades de la empresa, a sus principales riesgos de cumplimiento y hacerlo a lo largo del tiempo. No existe una definición única que se ajuste a todos los casos. No obstante, la identificación de los elementos esenciales que hacen que un programa sea eficaz desde la perspectiva de la autoridad de la competencia, también puede servir de base a los esfuerzos empresariales para mejorar sus políticas de cumplimiento sin sugerir que puedan resultar suficientes a efectos de prevención o para protegerse de las sanciones.

Recuadro 1.1. Características de los programas de cumplimiento eficaz

Un programa de cumplimiento refleja la especificidad de la empresa, el entorno en el que opera y los riesgos a los que se enfrenta en sus operaciones cotidianas. Sin embargo, es posible identificar elementos comunes que caractericen un programa bien diseñado.

- **Evaluación, priorización y reducción de riesgos:** una empresa debe identificar y evaluar regularmente sus riesgos de cumplimiento, en particular cuando se incorpore a nuevos mercados o cuando contrate personal clave. Las empresas deberían identificar operaciones, unidades y personal de mayor riesgo.
- **Liderazgo sólido y compromiso de la dirección:** los programas de cumplimiento deben contar con el apoyo total y visible de la dirección de la empresa – presidente, consejo de administración, director general. Los recursos dedicados al programa, incluido (en empresas más grandes) un responsable de cumplimiento capacitado y dedicado, demuestran el compromiso de la alta dirección con el cumplimiento.
- **Transparencia, comunicaciones y documentación:** incluyendo aquí medidas desde el liderazgo de la compañía, por ejemplo, en forma de directrices y declaraciones públicas, hasta el aumento de la responsabilidad y la contribución al conocimiento y la educación. La dirección debe dejar claro a través de mensajes coherentes y periódicos que no se tolerarán infracciones del derecho de la competencia, es decir, que la empresa no defenderá ni apoyará a los infractores, y que estos se enfrentarán a consecuencias negativas. La aplicación de los programas de cumplimiento debe estar bien documentada para ayudar a la mejora continua y evidenciar los esfuerzos de cumplimiento.
- **Auditoría, seguimiento, evaluación:** el programa de cumplimiento debe caracterizarse por impulsar la mejora continua. Por tanto, debe estar sujeto a seguimiento periódico para garantizar que permanece actualizado, que es eficaz y que sigue cumpliendo los objetivos fundamentales que deben evaluarse de manera continua. La eficacia puede probarse, por ejemplo, a través de encuestas, evaluaciones de formación, entrevistas con personas clave para verificar el conocimiento y las actitudes frente al cumplimiento y a las conductas ilegales.
- **Formación:** un programa de cumplimiento debe incluir formación obligatoria en materia de cumplimiento para todo el personal en puestos con riesgos identificados, así como a parte de la iniciación de nuevos empleados. La formación debe adaptarse al perfil y a los riesgos de la empresa.
- **Denuncia:** un sistema que garantice que el personal puede denunciar infracciones del programa de cumplimiento o infracciones del derecho de la competencia confidencialmente y sin amenaza de represalias.
- **Revisión a posteriori:** para verificar si se han producido las infracciones, por qué se produjeron, si la dirección las trató adecuadamente, y la identificación de las medidas que pueden adoptarse para reforzar el programa de cumplimiento.

Fuentes: (OECD, 2011^[1]); (Competition Bureau Canada, 2015^[2]); (U.S. Department of Justice, 2019^[3]); (European Commission, 2013^[4]); (International Chamber of Commerce, 2013^[5]).

Como la mayoría de los debates se centra en los cárteles, la infracción del derecho de la competencia más grave y la más clara desde el punto de vista jurídico y económico, este es el punto central de las exposiciones sobre cumplimiento en este documento. También hay riesgos comunes a cualquier empresa, independientemente de su tamaño y posición en el mercado, que son diferentes de los riesgos relacionados con la conducta unilateral o los acuerdos verticales. No obstante, estos riesgos, incluido el cumplimiento en materia de fusiones debe incluirse en los esfuerzos de cumplimiento de la empresa y en la defensa de las autoridades de competencia, según corresponda.

Este documento se estructura de la forma siguiente:

- La sección 2. ofrece una visión general de la evolución de los enfoques de la autoridad de la competencia sobre los programas de cumplimiento durante los últimos 10 años y las motivaciones de los cambios.
- La sección 3. analiza los indicadores de la eficacia de los esfuerzos de cumplimiento públicos y privados. Facilita algunas estadísticas sobre la aplicación de la ley para servir de base al debate político.
- La sección 4.2 compara los enfoques de los programas de cumplimiento en la lucha contra la corrupción y la aplicación de la ley en materia de competencia.
- La sección 5. se pregunta por los aspectos que hacen que los programas de competencia resulten eficaces y resume unos cuantos elementos clave que pueden ayudar a mejorar la efectividad y cómo pueden abordarse por las autoridades de competencia.
- La Sección 6 resume y concluye.

2. Evolución de la política de cumplimiento

Cuando la OCDE debatió por última vez los programas de cumplimiento con el derecho de la competencia en el año 2011 (OECD, 2011^[6]), el debate se centró principalmente en la cuestión de si los programas de cumplimiento deben ser recompensados o incentivados a través de reducciones de multas. Las jurisdicciones participantes estaban divididas por sus enfoques. A pesar de que hubo un amplio consenso respecto a que los programas de cumplimiento pueden ayudar a prevenir las conductas anticompetitivas, facilitar la detección o reducir la duración de tales conductas, no hubo consenso sobre si dichos programas deberían incentivarse mediante reducciones de multas u otros beneficios. Algunas autoridades de competencia sostienen que la reducción de multas para recompensar los programas de cumplimiento existentes o futuros no estaba justificada, puesto que la clemencia y la liquidación de primas ya recompensan indirectamente la aplicación de los programas de cumplimiento exitosos. Ofrecer reducciones extraordinarias también puede incentivar los programas «falsos» e impondría una grave carga a las autoridades de competencia, que tendrían que comprobar la validez y la eficacia de los programas. Otras autoridades de competencia consideraban que los programas de cumplimiento genuinos podrían prevenir la formación de nuevos cárteles, y que la mala conducta de unos pocos no debería desacreditar un programa por lo demás eficaz. La carga administrativa que supone el estudio de estos programas no sería demasiado elevada, ya que la carga de la prueba de la eficacia recaería en las empresas (OECD, 2011, pp. 14-15^[11]).

Estos argumentos se reflejan en el debate académico sobre los programas de cumplimiento con el derecho de la competencia que con frecuencia también se centra en la cuestión de si las autoridades de la competencia deberían incentivar y recompensar los esfuerzos de cumplimiento de las empresas. En su documento de referencia (Wils, 2013^[7]) argumenta que, si bien debería reforzarse la responsabilidad individual por las infracciones del derecho de la competencia (ver también (Wils, 2006^[8])), no hay ninguna buena razón para reducir a su vez la responsabilidad corporativa ofreciendo recompensas por los esfuerzos de cumplimiento (fallidos) o por las medidas prospectivas de cumplimiento. El incentivo adecuado y la principal recompensa son las reducciones derivadas de clemencia por denunciar las infracciones a las autoridades de competencia. Muchos autores adoptan un punto de vista diferente, basándose concretamente en la observación de que ningún programa de cumplimiento puede evitar completamente las infracciones y que debería haber alguna ventaja para aquellos que invirtieron en cumplimiento genuino en comparación con los que no lo hicieron¹. También defienden un papel proactivo de la autoridad de competencia en forma de requisitos de cumplimiento en procedimientos de clemencia o de transacción y la reconsideración de la responsabilidad de las matrices respecto a las infracciones de las filiales de los programas de cumplimiento genuino².

Las siguientes partes ofrecen un breve resumen de la evolución de la política de las autoridades de competencia frente a los programas de cumplimiento. Abarcan los enfoques de la política de defensa y aplicación de la ley, y señalarán los cambios que se han producido en la última década. La visión general de las políticas de las autoridades de competencia hasta la fecha muestra que han continuado e intensificado sus esfuerzos para promover los programas de cumplimiento con el derecho de la competencia y el cumplimiento del derecho de la competencia en un sentido más amplio. Se han producido cambios políticos respecto a la recompensa del cumplimiento, y los programas de cumplimiento desempeñan ahora un importante papel en el refuerzo de la ley, como parte de los procedimientos negociados o de las obligaciones directas. No obstante, todavía hay diferencias significativas sobre todo en los enfoques de la aplicación de la ley y el debate entre las autoridades de la competencia y los académicos está lejos de terminar.

2.1. Defensa

Directrices sobre cumplimiento

Muchas autoridades de competencia, junto a sus esfuerzos de aplicación de la ley en curso, han invertido significativamente en directrices sobre cumplimiento con el derecho de la competencia. Mientras que en 2011 solo unas pocas autoridades de competencia habían publicado directrices oficiales sobre programas de cumplimiento³, desde entonces muchas jurisdicciones han añadido o actualizado las directrices existentes (véase Directrices de la autoridad de competencia). Esto subraya la importancia que las autoridades de competencia otorgan a los esfuerzos preventivos de las empresas⁴. Es interesante señalar que de las 26 jurisdicciones que han publicado directrices, la mayoría (20) lo ha hecho en los últimos cinco años⁵.

Recuadro 2.1. Perú: Directrices de 2020 para los programas de cumplimiento con el derecho de la competencia

El Indecopi, organismo peruano encargado de velar por la aplicación de las normas en materia de competencia, emitió directrices sobre programas de cumplimiento con el derecho de la competencia en 2020. Estas directrices comprenden enfoques de otras jurisdicciones e incluyen ejemplos prácticos y recursos para apoyar a las empresas.

Las directrices identifican los costes del no cumplimiento y los beneficios del cumplimiento, y señalan los siguientes componentes esenciales:

- Compromiso real de cumplimiento de la alta dirección
- Identificación y gestión de los riesgos actuales y potenciales
- Protocolos y procedimientos internos
- Formación para empleados
- Actualización y supervisión constantes del programa de cumplimiento
- Auditorías del programa de cumplimiento
- Procedimientos para consultas y reclamaciones
- Designación de un responsable o comité de cumplimiento

Además, detallan los componentes complementarios u opcionales, que pueden aumentar la eficacia de los programas de cumplimiento:

- Un manual de competencia
- Incentivos para empleados
- Medidas disciplinarias

En otras secciones adicionales se subraya la importancia de una detección temprana y la denuncia a la autoridad de competencia, así como las implicaciones del cálculo de la multa, las medidas de cumplimiento impuestas por el Indecopi y cómo ponerse en contacto con la autoridad de competencia.

Los anexos incluyen un modelo de manual de la competencia y las listas de comprobación del cumplimiento para empresas de diferentes tamaños.

Fuente: (Indecopi, 2020^[9]).

Las directrices varían en escala y alcance, pero a menudo son muy detalladas, con ejemplos prácticos y referencias a casos de la misma u otras jurisdicciones, y ofrece explicaciones sobre el fondo junto a directrices sobre el proceso de cumplimiento y los requisitos.

Directrices dirigidas a grupos específicos

Las asociaciones comerciales reciben atención específica en los esfuerzos de defensa y aplicación de la ley por parte de las autoridades de competencia. Varias autoridades de competencia han emitido directrices específicas sobre las actividades legítimas e ilegales o de riesgo de las asociaciones comerciales que resultan a menudo bastante detalladas y con ejemplos de casos ilustrativos, por ejemplo Japón (Ministry of Economy, Trade and Industry, 2010^[10]), Francia (Autorité de la Concurrence, 2021^[11]), Rumanía (Romanian Competition Council, 2019^[12]), Irlanda (Irish Competition Authority, 2009^[13]) o Australia⁶.

Recuadro 2.2. Francia: Directrices sobre cumplimiento para los organismos profesionales

La Autorité de la Concurrence francesa publicó Directrices para los organismos profesionales en 2021, lo cual ayuda a identificar los riesgos en materia de competencia en sus actividades, explica el marco sancionador aplicable y también toman debida nota de sus funciones a favor de la competencia, incluida la aplicación de las reglas de competencia y el aumento del cumplimiento de los miembros.

En términos de riesgos, identifica las siguientes categorías y facilita explicaciones detalladas y ejemplos de casos:

- Cárteles
- Difusión de las instrucciones de precios
- Difusión de la información estratégica comercialmente sensible
- Estrategias de exclusión, como los boicots, las condiciones de afiliación o las normas técnicas
- Prácticas anticompetitivas enmascaradas en mala interpretación de las normas
- Prácticas anticompetitivas en el curso de las actividades de los lobbies
- Negociación colectiva

En términos de las funciones a favor del cumplimiento o de los organismos profesionales, las directrices identifican:

- Un papel en la aplicación del derecho de la competencia que puede consistir en
 - Remisiones consultivas que permiten a la *Autorité* emitir un dictamen sobre cualquier cuestión en materia de competencia
 - Denuncias sobre presuntas prácticas anticompetitivas
 - Participación en investigaciones mediante la facilitación de información
- Un papel que aumente el conocimiento de sus miembros sobre el cumplimiento de la ley de competencia.

Fuente: *Autorité de la Concurrence*, Estudio de los Organismos Profesionales (Autorité de la Concurrence, 2021^[11]).

Otro grupo objetivo al que a menudo se dirigen directrices específicas son las pequeñas y medianas empresas (PYMES), teniendo en cuenta su capacidad más limitada para aplicar programas de cumplimiento exhaustivos. Algunos ejemplos son: Francia (Autorité de la Concurrence, 2020^[14]), Bélgica (Belgian Competition Authority, 2016^[15]), Hong Kong; China (Hong Kong Competition Commission, 2015^[16]), o la Comisión Australiana de Competencia y Consumo (ACCC por sus siglas en inglés), con sus plantillas de cumplimiento diferenciadas en función del tamaño de la empresa⁷. La Cámara de Comercio Internacional ha publicado, además sus Herramientas de Cumplimiento Antitrust (International Chamber of Commerce, 2013^[5]), y Herramientas de Cumplimiento específico para las PYMES (International Chamber of Commerce, 2015^[17]).

Otras iniciativas

Hay otras iniciativas de las autoridades de competencia amplias e innovadoras que promueven el cumplimiento con la ley de competencia. Una reciente iniciativa de recompensas ofrece interesantes conocimientos sobre diversos enfoques⁸. Algunos ejemplos son: un breve video realizado por Suecia para promover la clemencia, la provisión de plantillas de programas de cumplimiento por Australia y Hong Kong; las formaciones de China para abogados no especializados, videos como parte de la campaña sobre la penalización de los cárteles de

Nueva Zelanda, una campaña sobre manipulación de licitaciones elaborada por Irlanda, una serie de podcasts de competencia realizados por Canadá, videos sobre manipulación de licitaciones y programas de cumplimiento por parte de Perú, un conjunto de herramientas de contratación pública por parte de la India, mangas y videos de Singapur, o un juego educativo sobre el cártel realizado por Letonia.

Entre las iniciativas más específicas se encuentra un blog de la Autoridad de la Competencia y Mercados del Reino Unido (CMA por sus siglas en inglés)⁹, donde los funcionarios informan de los casos más recientes y de la evolución del derecho de la competencia. Además, la CMA publica «cartas abiertas» dirigidas a partes específicas de la comunidad empresarial para explicar las lecciones generales provenientes de los casos recientemente concluidos¹⁰, a menudo con estudios de casos, lo que explica el problema de la competencia de una manera más accesible. Francia ha empezado recientemente una iniciativa similar e incluye un mensaje de cumplimiento en cualquier comunicación de prensa sobre una decisión¹¹.

Estas iniciativas demuestran que las autoridades de competencia no se sientan a esperar a que ocurran las infracciones y que invierten considerables esfuerzos en prevención.

2.2. Práctica en la aplicación de la ley

Los enfoques y avances de la práctica en la aplicación de la ley muestran que, aparte de la defensa, muchas autoridades de competencia toman medidas activas para incentivar los programas de cumplimiento, o para incluirlas como condiciones obligatorias en decisiones sobre infracción o diferentes tipos de procedimientos negociados.

Políticas de recompensa

Las autoridades de competencia muestran diferencias significativas en sus enfoques sobre las recompensas de los programas de cumplimiento y muchas autoridades de competencia han cambiado sus enfoques a lo largo de la última década. Algunas autoridades de competencia no reconocen y otras que sí lo hacen tienen diferentes condiciones, o siguen políticas diferentes respecto a los programas preexistentes o a los introducidos a raíz de una sanción.

Reconocimiento de los programas de cumplimiento

El número de jurisdicciones que reconocen los programas de cumplimiento ha aumentado considerablemente desde 2011 (Cuadro 2.1).

Cuadro 2.1. Reconocimiento del cumplimiento

		2011	2021
Jurisdicciones reconocen	que	Australia, Dinamarca, Corea, México, Nueva Zelanda, Noruega, Reino Unido, Estados Unidos	Australia, Brasil, Canadá, Chile, Alemania , Hong Kong; China, Hungría, India, Italia, Japón, Malasia, Países Bajos, Perú, Rumanía , Singapur, España, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos
Jurisdicciones reconocen	que no	Canadá, Francia, Alemania, Unión Europea, Bulgaria, Rumanía, Rusia	Bulgaria, Comisión Europea, Finlandia, Francia , Grecia, Corea, México , Países Bajos, Suecia, Turquía

Nota: La evaluación de 2011 se basó en las contribuciones de los países a la Mesa Redonda de 2011 (OECD, 2011^[11]), e incluye declaraciones de una voluntad general/obligación legal de considerar reducciones de multas u otros beneficios para un programa de cumplimiento efectivo probado. Cuando no se facilitó ninguna indicación clara, la jurisdicción no se incluyó en la mesa. La evaluación de 2021 se basó en Lexology, 10 de septiembre de 2020, ¿Los programas de cumplimiento deben ofrecer descuentos en las multas por actividades anticompetitivas? A global viewpoint (Un punto de vista global); (Lexology, 2020^[24]); e investigación adicional sobre las fuentes y materiales de las autoridades de competencia por parte de la Secretaría de la OCDE. La mesa no representa un estudio completo de todas las jurisdicciones en todo el mundo.

En negrita: Jurisdicciones que se sabe que han cambiado su enfoque político. Estados Unidos ha cambiado de 2011 a 2021, ya que en 2021 considerará el reconocimiento de la imputación además del reconocimiento de la sentencia.

No hay una diferenciación regional discernible en la tendencia de reconocer un programa de cumplimiento o no hacerlo. Muchas jurisdicciones de Asia están dispuestas a conceder reducciones de multas¹² y las Directrices de la ASEAN sugieren que la reducción de las multas podría suponer un incentivo para la introducción o la mejora de tales programas (ASEAN Secretariat, 2018^[18]). Varias jurisdicciones de Latinoamérica han desarrollado políticas de cumplimiento y Brasil¹³, Chile¹⁴ y Perú¹⁵ concederán reducciones de multas si se cumplen los requisitos establecidos en sus directrices. Del mismo modo, algunas jurisdicciones europeas están dispuestas a reducir multas¹⁶. En el caso de Norteamérica, parece que el panorama ha cambiado esencialmente desde 2011, ya que Canadá y EE.UU. comunican ahora claramente que están dispuestos a considerar los programas de cumplimiento¹⁷.

Al mismo tiempo, no es posible encontrar una línea divisoria en los enfoques relativos a las recompensas por cumplimiento entre las jurisdicciones que tienen regímenes penales o administrativos de aplicación de la ley sobre cárteles¹⁸.

Cuando las autoridades de competencia reconocen el cumplimiento, los enfoques de la autoridad de competencia muestran una considerable variación en su tratamiento de los programas de cumplimiento preexistentes, recién introducidos o modificados. En el caso del Reino Unido, las actividades de cumplimiento de una empresa pueden llevar a un descuento de hasta un 10% de la multa si se demuestra que se han tomado las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento (UK CMA, 2018^[19]). La CMA se centra en los cambios futuros más que en los programas preexistentes¹⁹. Brasil adopta un enfoque parecido (CADE, 2016, p. 41^[20]).

Otras autoridades de competencia están dispuestas a considerar la concesión de descuentos para los programas de cumplimiento que existían en el momento de la infracción. La Comisión de Comercio Leal de Corea (KFTC) cuenta con un programa de evaluación que permite las reducciones para los programas previamente calificados como «A» o superiores²⁰. El cambio de política de Canadá abordó de manera explícita la reducción de multas por los programas preexistentes²¹ y Chile²², Perú²³ y Rumanía (Romanian Competition Council, 2017^[21]) también se dirigen a los programas existentes. Rusia pretende introducir normas que permitirían el reconocimiento o incluso la completa exoneración de multas a los programas existentes²⁴.

Otros consideraran tanto los programas de cumplimiento existentes como los recién creados o los significativamente mejorados. Algunos ejemplos son Alemania²⁵ e Italia,²⁶ España, aunque esta última con énfasis en los programas existentes (CNMC, 2020, p. 12^[22]), y EE. UU. donde el reconocimiento de los programas existentes es el nuevo elemento político, además de reconocer las medidas de cumplimiento futuro (Recuadro 2.3).

Recuadro 2.3. Cambio de política en Estados Unidos

Con base en una política de «todo o nada» diseñada para enfatizar el valor del programa de clemencia del Departamento de Justicia como la herramienta de investigación más importante, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha emprendido un cambio de política con Directrices publicadas en 2019 sobre la evaluación de los programas de cumplimiento en investigaciones penales antitrust (U.S. Department of Justice, 2019_[3]). Estas Directrices esencialmente internas establecen las consideraciones que los fiscales deberían aplicar en las fases de imputación y sentencia.

En la fase de imputación, desde el año 2019 los fiscales del DOJ pueden considerar un grupo de factores para determinar si la empresa puede resolver las imputaciones a través de una declaración de culpabilidad o a través del acuerdo de enjuiciamiento diferido en el que la empresa es imputada penalmente y está de acuerdo con cooperar por un periodo de tiempo, después del cual se desestiman los cargos contra la misma. Los programas de cumplimiento existentes en el momento de la infracción pueden ahora considerarse en el momento de la decisión sobre la imputación, y si hay imputación, en el momento de la sentencia. Las Directrices internas del DOJ definen las características básicas de un programa de cumplimiento eficaz y formula tres preguntas preliminares: designa si el programa de cumplimiento abordaba y prohibía las infracciones penales de la legislación antitrust, si detectó y facilitó una notificación temprana de la infracción y hasta qué punto la alta dirección estaba involucrada en la infracción. Los principales factores que los fiscales consideran cuando evalúan programas de cumplimiento son «(1) el diseño y la exhaustividad del programa; (2) la cultura de cumplimiento dentro de la empresa; (3) la responsabilidad y los recursos dedicados al cumplimiento de la legislación antitrust; (4) las técnicas de evaluación de riesgo antitrust; (5) la formación sobre cumplimiento y comunicación a los empleados; (6) las técnicas de supervisión y auditoría, incluido el examen, la evaluación y la revisión continuos del programa de cumplimiento de la legislación antitrust; (7) los mecanismos de denuncia; (8) los incentivos de cumplimiento y disciplina; y (9) los métodos de corrección». (U.S. Department of Justice, 2019, pp. 3-4_[3]).

En el año 2015 el DOJ empezó a reconocer los esfuerzos de cumplimiento prospectivo en la etapa de sentencia en varios casos para mejorar el cumplimiento futuro y prevenir la repetición de una infracción. Además, según las Directrices sobre la imposición de condenas de EE. UU., los fiscales del DOJ pueden recomendar una reducción de tres puntos en la culpabilidad del acusado corporativo si la empresa tiene un programa de cumplimiento «eficaz». Esta reducción es difícil de obtener porque no es aplicable en caso de un retraso injustificado en la denuncia de una infracción, y, como presunción iuris tantum, un programa de cumplimiento no se considera eficaz cuando «el personal de alto nivel» o «el personal con autoridad sustancial» participó en la infracción, la consintió, o la ignoró deliberadamente». Este personal incluye «personas encargadas de las unidades de venta, directores de planta, directores de ventas, o aquellos que tienen autoridad para negociar o establecer precios o negociar o aprobar contratos importantes». (U.S. Department of Justice, 2019, pp. 11-12_[3]).

Aún queda por ver si las Directrices de 2019 representan el drástico cambio político que algunos comentaristas querían ver. Las condiciones para poder acogerse al reconocimiento en la fase de imputación son exigentes, y hasta la fecha el DOJ no ha suscrito un acuerdo de enjuiciamiento diferido sobre la base de la existencia de un programa de cumplimiento eficaz.

Fuentes: Discurso de Makan Delrahim, “Wind of Change: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs” («Vientos de cambio: un nuevo modelo para incentivar los programas de cumplimiento con la legislación antitrust»), 11 de julio de 2019, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>; (OECD, 2011, pp. 193-200_[2]), Directrices sobre la imposición de condenas de EE.UU. (§ 8C2.5(f)); Principios de enjuiciamiento de las organizaciones empresariales, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.300>; <https://www.linklaters.com/en/insights/publications/2019/july/us-doj-antitrust-division-reverses-long-standing-policies-and-issues-detailed-guidance>; <https://www.lw.com/thoughtLeadership/new-doj-guidance-increases-benefits-for-robust-antitrust-compliance-programs>; <https://www.jonesday.com/en/insights/2019/07/antitrust-alert-new-doj-criminal-enforcement>.

No existen estadísticas internacionales sobre casos en los que los programas de cumplimiento hayan conducido realmente a la reducción de multas. En cuanto a los programas preexistentes, aunque en principio existen descuentos, España, Canadá y EE. UU. aún no han informado de ningún caso²⁷. Algo diferente ocurre

con Italia que, entre 2015 y marzo de 2021, revisó las solicitudes en 18 investigaciones de casos antitrust, y concedió reducciones que oscilaban entre 5 y 15% en 13 casos, de los que uno alcanzó la reducción máxima del 15%²⁸. Esto requeriría un programa preexistente que lleve a la detección y denuncia a la autoridad italiana de competencia (AGCM por sus siglas en italiano) previamente a una investigación oficial²⁹. En Australia, los tribunales consideran que los programas de cumplimiento existentes son un factor relevante, y que han desempeñado un papel en la consideración de las sanciones, aproximadamente en el 60% de los casos desde 2007³⁰.

Los argumentos de las jurisdicciones que han introducido el reconocimiento, y que a menudo han cambiado su enfoque comparado con 2011, con frecuencia tratan la necesidad de incentivar la prevención de infracciones del derecho de la competencia a través de programas de cumplimiento eficaz³¹. En el mismo sentido, el DOJ de los Estados Unidos afirma que la aplicación de la ley retrospectiva suele tener un valor disuasorio limitado, y que programas de cumplimiento sólidos pueden prevenir o detectar las infracciones de manera temprana³².

Las jurisdicciones más jóvenes ven la necesidad de crear una cultura de competencia, que quieren promover³³. En cuanto a las jurisdicciones maduras, el cambio de política de la Oficina Canadiense de Competencia³⁴ puede ser representativo: pretendía enfatizar el valor de la prevención y señalar un enfoque más abierto y colaborativo con el público. Además, trataba de resolver un desequilibrio percibido, cuando los delincuentes de cuello blanco podrían esperar una reducción de las condenas mediante la introducción a posteriori de un programa de cumplimiento, que no estaba disponible para las empresas que habían hecho el esfuerzo de tener uno desde el principio³⁵. El cambio político previsto por Rusia se basa en el razonamiento de que las empresas que han aplicado todas las medidas necesarias no deben ser sancionadas por actos ilegales cometidos por algunos de sus empleados³⁶. Chile se atuvo a una sentencia judicial al ajustar su política (Recuadro 2.4).

Recuadro 2.4. Chile: papel de los tribunales en la definición del enfoque de los programas de cumplimiento

Según la política de larga data de la Fiscalía de la Competencia de Chile (FNE), este organismo puede considerar un programa de cumplimiento sólido en relación con la multa al interponer una reclamación ante el Tribunal de la Competencia (TDLC) (Fiscalía Nacional Económica, 2012, p. 20^[23]). Esta política fue objeto de sentencias judiciales divergentes en un caso reciente.

En 2016, la FNE presentó una denuncia ante el TDLC, alegando que varios supermercados habían conspirado con una serie de proveedores de aves de corral para establecer y fijar precios de reventa de productos avícolas en un denominado cártel hub-and-spoke (véase también (OECD, 2019^[24])). Una sentencia del TDLC de 2019 confirmó las alegaciones e impuso multas a los supermercados. Para uno de los acusados, el TDLC aceptó un programa de cumplimiento existente como factor atenuante con la reducción de multa del 15%. Posteriormente, la FNE emitió directrices sobre los criterios que utilizará para determinar la multa que solicitará al tribunal, incluidos los efectos de un programa de cumplimiento. Los requisitos son un programa preexistente serio, efectivo y aplicable a las personas implicadas en la infracción, incluidas las medidas preventivas específicamente relacionadas con la infracción. La carga de la prueba recae en las partes (Lexology, 2020, pp. 27-28^[25]).

No obstante, en 2020, en el mismo caso que condujo a la adopción de las nuevas directrices de multas de la FNE, la Corte Suprema de Chile no solo duplicó las multas impuestas por el TDLC, sino que también revisó las reclamaciones de los demandados para reducir con firmeza las multas por los programas de cumplimiento. El Tribunal declaró que para que un programa de cumplimiento sea eficaz, tiene que prevenir conductas como las del caso en cuestión (cártel hub-and-spoke), y la infracción probada durante cuatro años demostró claramente que los programas vigentes no eran eficaces.

Fuentes: La Decisión de la Corte Suprema de Chile, de 8 de abril de 2020, Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras; y también <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/april-2020/the-chilean-supreme-court-upholds-a-landmark-decision-by-the-competition>; consultada el 22 de febrero de 2021.

No reconocimiento de los programas de cumplimiento

La Comisión Europea es probablemente la jurisdicción más destacada entre las que no ofrecerán reconocimiento de los programas de cumplimiento, ya sean preexistentes o futuros, cuando imponga una multa. La publicación de 2013 «La importancia de cumplir» (European Commission, 2013^[4]) establece el enfoque de la Comisión Europea (CE). Aunque se reconoce la necesidad y la relevancia de los programas de cumplimiento, ni la existencia ni el establecimiento de un programa a raíz de una investigación servirán como circunstancias atenuantes. La efectividad de los programas de cumplimiento solo se juzga en términos de su éxito³⁷. La recompensa última de un programa de cumplimiento que funcione es la inmunidad o la reducción de la multa conforme a un programa de clemencia. Francia es una jurisdicción que ha cambiado su enfoque, desde la recompensa hasta el no reconocimiento³⁸, junto a Corea y México. Una decisión de la *Autorité de la concurrence* de 2017 establece que cabe esperar que las empresas de cierto tamaño incorporen programas de cumplimiento en su gestión diaria y que, en consecuencia, esto no se considerará como un factor atenuante cuando se calculen las multas en los casos de cártel³⁹.

Obligaciones de cumplimiento

Las obligaciones de cumplimiento pueden formar parte de las políticas de clemencia o de los mecanismos de resolución consensuada de casos que apoyan la investigación: acuerdos de enjuiciamiento diferido, acuerdos de culpabilidad, procedimientos de transacción o compromiso⁴⁰, que no son instrumentos de detección en primer lugar, pero facilitan la eficacia de los procedimientos mediante la recompensa de los procesos de cooperación e investigación (véase (OECD, 2019, pp. 42-49^[26])). Las jurisdicciones adoptan diferentes enfoques, por ejemplo:

- Canadá puede solicitar la introducción o mejora de un programa de cumplimiento como parte de un acuerdo, y puede fijar obligaciones de supervisión (Competition Bureau Canada, 2015, p. 8^[2]).
- El DOJ de EE. UU., cuando recomienda la libertad condicional de una empresa que no tiene un programa de cumplimiento eficaz, puede pedir informes de cumplimiento periódico como una condición para la libertad condicional (U.S. Department of Justice, 2019, p. 15^[3]).
- El Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (CADE) puede considerar la obligatoriedad de los programas de cumplimiento como parte del procedimiento de transacción y la introducción o mejora puede dar lugar a una reducción adicional máxima de la multa del 4%⁴¹.
- Hong Kong; China establece que la introducción o mejora de un programa de cumplimiento es un requisito obligatorio para celebrar acuerdos de clemencia en primer lugar⁴².

Australia⁴³ y Filipinas⁴⁴ también aceptan los programas de cumplimiento como una forma de compromiso. Otras jurisdicciones impondrán las obligaciones de cumplimiento como parte de la sanción, no vinculada a la clemencia o al apoyo a la investigación, por ejemplo, Chile o Perú⁴⁵. La India puede obligar a los reincidentes a realizar programas de concienciación sobre la competencia⁴⁶.

Evaluación de los programas de cumplimiento

Algunas autoridades de competencia se comprometen a evaluar programas de cumplimiento fuera del contexto de la aplicación de la ley. Lo hacen por diferentes objetivos y razones, por ejemplo:

- Italia concede calificaciones de cumplimiento y revisiones de sistemas relacionados principalmente con el derecho penal y administrativo y solo excepcionalmente con el derecho de

la competencia. La calificación de la legalidad es un sistema basado en puntos, que conlleva ventajas para la obtención de créditos bancarios y la participación en licitaciones públicas. Esta calificación no está disponible para empresas que hayan infringido gravemente las leyes pertinentes. Desde el 2012 se han entregado a la AGCM entre 9 000 y 10 000 solicitudes de calificación, y en 2021 se ha iniciado un proceso de evaluación del sistema de calificación⁴⁷.

- Corea ya había adquirido una importante experiencia con programas de cumplimiento en 2011 (OCDE, 2011, pp. 121-130[2]) y para incentivar el cumplimiento concedería una reducción de multas para los programas de cumplimiento existentes⁴⁸. Al observar que varios programas de cumplimiento se introdujeron principalmente para beneficiarse de las sanciones reducidas, Corea introdujo una evaluación de programa de cumplimiento, realizada por la Agencia de mediación del comercio justo de Corea, una autoridad de competencia financiada por el gobierno y dependiente de la Comisión de Comercio Justo de Corea (KFTC por sus siglas en inglés). Solo estaría disponible una reducción de multas y otras sanciones para programas calificados como «A» o superiores⁴⁹.
- La Bundeskartellamt alemana examinará los programas de cumplimiento de las empresas en el contexto de la liberación de la inhabilitación para la contratación pública. Las empresas que deseen una liberación anticipada tendrán que solicitar este examen. La Bundeskartellamt aún no ha realizado ninguna práctica de aplicación (véase también sección 4.1)⁵⁰.
- En 2020, la Ley de Competencia rusa se modificó para incluir el concepto y los requisitos básicos del cumplimiento de la legislación antimonopolio⁵¹. En este contexto, las empresas pueden presentar sus programas de cumplimiento al FAS de Rusia para que los revise y confirme que se ajustan a la ley⁵². La ley no dice nada sobre los beneficios de dicha aprobación, aparte de un mayor grado de cumplimiento de la ley.

Hasta ahora no parece que exista ninguna evaluación sistemática de este tipo de revisiones. Sería interesante saber cómo, en un esquema particular, las revisiones basadas en puntos pueden tener en cuenta las circunstancias y requisitos únicos de una empresa, y qué clase de experiencia interna de una autoridad de competencia se necesitaría. Muchas autoridades de competencia se abstendrán de hacer tales evaluaciones, ya que pueden generar el riesgo de crear un «puerto seguro» informal (véase la contribución de EE. UU. (OECD, 2011, p. 199⁽¹¹⁾) para las empresas que obtengan aprobación o cierta calificación, dando lugar a previsible conflictos en posteriores casos de aplicación de la ley.

2.3. Implicaciones de los recursos

Toda intervención de una autoridad de la competencia con programas de cumplimiento, ya sea de defensa o de aplicación de la ley, precisará sistemáticamente el uso de los recursos de la autoridad de la competencia. Existen necesidades de recursos evidentes cuando las autoridades de competencia se comprometen con la revisión y certificación activa de programas de cumplimiento, como por ejemplo en Corea, Rusia y Alemania. Las autoridades de competencia tienen que supervisar y verificar, posiblemente durante años la aplicación de una obligación de clemencia o transacción, de un compromiso o de un acuerdo de declaración de culpabilidad o de enjuiciamiento diferido cuando estos incluyen la aplicación o mejora de un programa de cumplimiento. Cuando los programas de cumplimiento se tienen en cuenta como factores atenuantes, es necesaria su revisión crítica como parte de la investigación del asunto y de la decisión de imponer una multa.

A pesar de que la carga de la prueba de mostrar la existencia de un programa de cumplimiento, sus elementos principales y su efectividad normalmente recae del lado de la empresa, la verificación de tales declaraciones puede resultar muy costosa para una autoridad de competencia si se realiza en profundidad y no como un mero ejercicio de marcar la casilla. Esto queda patente por la introducción de nuevas unidades especializadas por parte de autoridades de competencia como: la Oficina Canadiense de Competencia⁵³, el DOJ de los Estados Unidos⁵⁴, la FNE chilena⁵⁵ o la Bundeskartellamt alemana⁵⁶.

Una alternativa a la supervisión profunda de las obligaciones de cumplimiento por parte de la autoridad de competencia, podría ser el nombramiento de terceros independientes como supervisores corporativos externos. El uso de estos supervisores externos es una práctica ampliamente conocida en la aplicación de la ley en materia de lucha contra la corrupción, pero también hay instancias en las que se impuso el nombramiento de un supervisor de cumplimiento externo en un caso antitrust (Recuadro 2.5). 21 de 52 sistemas de resolución extrajudicial⁵⁷ permiten el nombramiento de un supervisor de cumplimiento que revise un programa impuesto como condición para las transacciones extrajudiciales en casos de corrupción (OECD, 2020, p. 20^[27]). El DOJ de los Estados Unidos nombró a monitores corporativos en más de 170 casos de corrupción entre los años 2000 a 2018. (Sarubbi and Vital Mesquita, 2020, p. 296^[28]). En el asunto Odebrecht⁵⁸, se acordó una doble revisión con supervisores de EE. UU. y Brasil⁵⁹.

Recuadro 2.5. EE. UU. vs Apple: supervisión de cumplimiento externo

En el asunto de los libros electrónicos de Apple en Estados Unidos, se consideró que Apple violó las leyes al organizar una conspiración horizontal entre los editores de libros electrónicos. Como parte de la sentencia, el juez del distrito impuso una orden judicial y exigió a Apple la aplicación de medidas de cumplimiento, incluido el nombramiento de un responsable de cumplimiento interno y un supervisor de cumplimiento externo.

Se ordenó a Apple que notificara la sentencia a sus empleados, que facilitara la formación adecuada para evitar que volvieran a cometerse las mismas u otras infracciones de la normativa antitrust, que auditara sus medidas de cumplimiento y que emprendiera acciones inmediatas en caso de infracciones, incluida la notificación a las autoridades.

El supervisor externo debía revisar las políticas de cumplimiento existentes y modificadas, así como las formaciones y después comunicar sus conclusiones y recomendaciones a las partes y al Tribunal para mejorar las políticas de cumplimiento de Apple. Para ejercer sus funciones de manera efectiva, tenía las facultades para entrevistar a empleados, inspeccionar y copiar documentos, así como solicitar a Apple la recopilación de datos y documentos necesarios.

Apple tenía que asumir los costes del supervisor de cumplimiento externo y su personal.

Dos informes de supervisión publicados en el sitio web del DOJ ofrecen conocimientos interesantes sobre los criterios de evaluación utilizados para valorar los esfuerzos de cumplimiento de Apple.

Fuente: EE. UU. V. APPLE, INC., ET AL., <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-apple-inc-et-al.>; <https://regmedia.co.uk/2015/04/17/apple-settlement-report.pdf>.

Esta supervisión por terceros no es una novedad para las autoridades de competencia. Con frecuencia aplican esta herramienta en casos de fusiones y algunos la han utilizado también en casos de conducta anticompetitiva. Aunque la supervisión y revisión del trabajo de un supervisor externo también supone una carga respecto a los recursos de una autoridad de competencia, puede resultar menos costoso que mantener un conjunto completo de recursos de personal especializado. La elección dependerá en última instancia del caso en particular y de la estrategia a largo plazo de una autoridad de competencia respecto a los programas de cumplimiento. Una participación constante y previsible en la supervisión del cumplimiento podría justificar la creación de una experiencia interna de la autoridad de competencia.

Cualquier decisión respecto a la naturaleza del compromiso de las autoridades de competencia con los esfuerzos de cumplimiento de las empresas, tiene que buscar un equilibrio prudente entre los costes y beneficios de tal enfoque en relación con los recursos de la autoridad de competencia, que se verán probablemente desviados de la aplicación de la ley, del lado de los costes, y la probabilidad de efectos reales del reforzamiento de los programas de cumplimiento en términos de prevención o detección temprana, del lado de los beneficios.

3. La eficacia de los esfuerzos de cumplimiento

La sección anterior demuestra que las autoridades de competencia, además del trabajo que están haciendo respecto a la aplicación de la ley, invirtieron significativamente en la defensa de programas de cumplimiento con el derecho de la competencia a lo largo de la última década, ya sea a través de medidas de defensa o de aplicaciones de la ley. Por lo tanto, puede ser oportuno pedir efectos visibles, puesto que los recursos invertidos deberían merecer el esfuerzo. Idealmente, estos efectos incluirían un mayor conocimiento de las empresas sobre la ley de competencia y las obligaciones legales, lo que permitiría una reducción de infracciones en materia de competencia y un aumento en la competencia en los mercados. Esto a su vez debería repercutir en varios parámetros de la aplicación de la ley.

Un factor adicional que alimenta la expectativa de un mayor cumplimiento es la gran concienciación y condena pública de las prácticas de cártel. Estudios sobre la percepción pública de la conducta anticompetitiva en Francia (Combe and Monnier-Schlumberger, 2019^[29]), y en el Reino Unido, Alemania, Italia y en EE. UU. (Stephan, 2017^[8]) muestran que alrededor de tres cuartas partes de la población, excepto en EE. UU. donde la cifra es del 66%, están de acuerdo en que los cárteles causan perjuicios a los consumidores y deben sancionarse. El hecho de que cada vez haya más jurisdicciones que procesan a personas físicas y ordenan imputaciones penales refleja la percepción pública⁶⁰.

En consonancia con la mayor atención que las autoridades de la competencia prestan a los programas de cumplimiento, cabe suponer que las empresas han introducido o aumentado los programas de cumplimiento corporativo, lo que incluye un componente competitivo⁶¹. El endurecimiento de los requisitos legales sobre el cumplimiento de la legislación en materia de lucha contra la corrupción (véase sección 4.2), medioambiental, sanitaria, laboral, de datos o de mercados financieros ha reforzado los esfuerzos y sistemas generales de cumplimiento de las empresas (Recuadro 3.1), que no estarían completos sin un componente de competencia⁶².

Recuadro 3.1. Áreas de cumplimiento corporativo

En el contexto corporativo, el cumplimiento tiene una definición y un alcance amplios, y el alcance de la definición de riesgos de cumplimiento por una empresa no es una ciencia exacta. Sin embargo, la mayoría de las empresas utiliza una lista similar de áreas de riesgo de cumplimiento dentro del universo de sus programas (por ejemplo, medio ambiente, trabajo, contabilidad, corrupción, etc.), aunque los riesgos de cumplimiento específicos dentro de cada área puedan variar. La constelación de riesgos, y su importancia relativa, a la que se enfrenta una empresa y que debe mitigar a través de un programa de cumplimiento, – medidas normativas, corporativas y de responsabilidad social corporativa –, variarán en función del sector y la jurisdicción en la que opere. Los requisitos de competencia de una empresa que opera, por ejemplo, en el sector textil, variará comparado con empresas de los sectores de farmacia, aviación o contabilidad. Como se muestra más abajo, la competencia es solo un elemento en el universo de los riesgos de cumplimiento. Algunos sectores tendrán más exigencias normativas y éticas que otros, con distintos grados respecto a la obligación de informar al gobierno o de presiones sociales y exposición pública. Algunas jurisdicciones imponen requisitos, como Francia, donde según la Loi Sapin (Ley Sapin), un programa de cumplimiento para luchar contra la corrupción es una obligación legal.



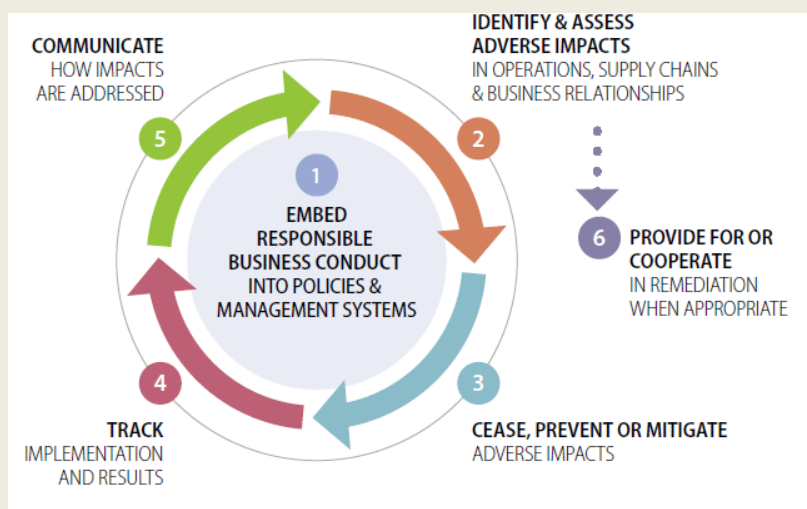
Otros factores influirán en los riesgos que se han incorporado al programa de cumplimiento de una empresa. La presión y concienciación del público, como en el caso de la tragedia del Rana Plaza o los escándalos financieros de principios de la década de los 2000, también pueden mejorar la imagen de áreas específicas que precisen más atención de algunas medidas de cumplimiento sobre otras. Además, las exigencias a las empresas para que apliquen nuevas medidas de cumplimiento están cambiando continuamente como puede verse con la aparición de la economía digital que trae consigo cuestiones de privacidad y seguridad, por ejemplo, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la UE.

Fuentes: <https://www.coso.org/Documents/Compliance-Risk-Management-Applying-the-COSO-ERM-Framework.pdf>; <https://www.reutersevents.com/sustainability/business-strategy/integrating-esg-issues-global-risk-compliance-integrity-programmes>; Deloitte New Horizons Compliance 2020 and Beyond (Deloitte Nuevos horizontes de cumplimiento 2020 y más allá) , (Deloitte, 2016^[30]), gráfico reimpresso con la amable aprobación de Deloitte.

La OCDE también tiene un largo historial de apoyo y fomento del cumplimiento corporativo en todos los ámbitos pertinentes (Recuadro 3.2), incluida la competencia.

Recuadro 3.2. Trabajo de la OCDE en materia de cumplimiento corporativo

La labor de la [OCDE en materia de gobierno corporativo](#) tiene por objeto ayudar a las empresas a crear un entorno de confianza, transparencia y responsabilidad necesario para fomentar la inversión a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad empresarial. Las iniciativas relacionadas con el cumplimiento corporativo son: el proyecto [Confianza en las empresas](#), la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, y el [Centro de la OCDE para la Conducta Empresarial Responsable](#) (CER), que utiliza las normas y recomendaciones de la CER para modelar las conductas del gobierno y ayudar a las empresas a minimizar los efectos adversos de sus operaciones y cadenas de suministro. Las normas y herramientas de la OCDE sobre la CER son la Guía de la OCDE para Empresas Multinacionales, y la [Guía de la OCDE de Debida Diligencia](#) para una Conducta Empresarial Responsable. La Guía para Empresas Multinacionales proporciona normas y principios no vinculantes para una conducta empresarial responsable. Son el único código de conducta empresarial responsable acordado multilateralmente y completo que los gobiernos se han comprometido a promover. Abarcan las áreas de derechos humanos, empleo, medio ambiente, corrupción, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia y fiscalidad. La Guía de Debida Diligencia facilita apoyo práctico en la aplicación de la Guía para Empresas Multinacionales mediante explicaciones en lenguajes sencillo. En concreto, la guía sugiere los procesos siguientes:



Las medidas contra el soborno y la corrupción son una parte integral de la Guía para Empresas Multinacionales y constituyen un área de trabajo autónoma y muy importante de la OCDE. El Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (el [Convenio Anticorrupción](#)) es un acuerdo internacional jurídicamente vinculante, y las partes del Convenio se comprometen a tipificar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros como delito, y a investigarlo, perseguirlo y sancionarlo. El [Centro de Integridad y de Lucha contra la Corrupción](#) de la OCDE promueve varios temas adicionales que son esenciales para los esfuerzos de integridad y cumplimiento de las empresas, como el comercio ilícito, los recursos naturales, la contratación pública, el cumplimiento fiscal, la protección de los denunciantes y la orientación sobre la diligencia debida de las cadenas de suministro responsables.

Fuentes: (OECD, 2018, p. 21^[31]) (OECD, 2011^[6]).

Todos estos esfuerzos e influencias considerados en su conjunto deberían llevar a una mejor comprensión de los requisitos de cumplimiento por parte de los directivos, incluido el derecho de la competencia y sus riesgos empresariales asociados. No obstante, hay muy pocos estudios que intenten medir el nivel de conocimiento de los directivos en materia de derecho de la competencia en jurisdicciones seleccionadas. Los estudios sobre la aplicación real de los programas de cumplimiento y su diseño son igualmente excepcionales.

3.1. Conocimiento del derecho de la competencia y programas de cumplimiento

Conocimiento

Dos estudios relativamente recientes sobre el nivel de conocimiento del derecho de la competencia por parte de los directivos llegan a resultados bastante decepcionantes, mostrando una familiaridad en general insuficiente con el derecho de la competencia por parte de los altos representantes empresariales.

Un estudio de 2018 realizado por la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (CMA por sus siglas en inglés) (ICM Unlimited, 2018^[32]) muestra solo pequeñas mejoras en el conocimiento del derecho de la competencia por las empresas británicas comparado con los resultados de una encuesta realizada en 2014⁶³. Solo una cuarta parte de las empresas declaran tener un buen conocimiento del derecho de la competencia. Pese a que el 60% entiende la ilegalidad de la fijación de precios y sus consecuencias, más de la mitad consideraban que hay un bajo riesgo de la conducta anticompetitiva en su sector. Solo el seis por ciento de los encuestados recibieron una formación en materia de derecho de la competencia el año pasado y menos del 20% informó de conversaciones a nivel de la alta dirección sobre el tema. Casi el 70% no tenían conocimiento suficiente de las sanciones por incumplimiento, y casi las dos terceras partes no conocían el órgano encargado de la aplicación del derecho de la competencia en el Reino Unido. Más de la mitad de los encuestados no sabía que la denuncia de la actividad ilegal de los cárteles podía dar lugar a la inmunidad de las sanciones, y solo un tercio conocía la ilegalidad del mantenimiento de los precios de reventa. Todos los que respondieron a la encuesta eran altos cargos con responsabilidad en materia de ventas.

Un estudio de 2017 sobre la percepción de los asuntos de competencia y la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), el responsable de cumplimiento de México, trabajo (McKinsey&Company, 2017^[33]), realizado para la COFECE, encuestó a representantes empresariales, profesionales privados, funcionarios públicos y otros formadores de opinión y facilita resultados diferenciados para los representantes corporativos. Aunque más del 90% de los encuestados sabía que el mandato de la COFECE consistía en revisar las fusiones y enjuiciar las prácticas anticompetitivas⁶⁴, más del 80% de los representantes corporativos tenía muy poco o ningún conocimiento del derecho de la competencia, y solo el 4% declaró estar bien familiarizado con los procedimientos de investigación. La mayoría de los representantes corporativos afirmó haber experimentado prácticas anticompetitivas en los sectores que representan, pero no se habían planteado denunciarlas a la COFECE. Solo el 9% de los representantes corporativos conocía los programas de clemencia, y un tercio de ellos tenía dudas sobre su efectividad. Salvo los abogados especializados en competencia, básicamente ninguno de los encuestados utilizaría nunca el material orientativo publicado por la COFECE. Los representantes de las grandes empresas declararon que contaban con programas de cumplimiento, no fue así el caso de las pequeñas y medianas empresas.

Programas de cumplimiento

Un estudio de (Götz, Herold and Paha, 2016^[34]) presenta los resultados de una encuesta 2013/14 sobre el cumplimiento del derecho de la competencia en Alemania, Austria y Suiza⁶⁵. Se llevó a cabo en un contexto de gran actividad coercitiva de la Comisión Europea, importantes multas y programas de clemencia exitosos, así como un aumento de las acciones por daños y perjuicios, para ver si en respuesta a esto se podían observar esfuerzos preventivos en forma de programas de cumplimiento eficaces. El estudio muestra un fuerte aumento del número de programas aplicados desde 2005. Más de la mitad de los programas abordaron riesgos antitrust,

y de los que lo hicieron, aproximadamente la mitad de las empresas que los aplicaron habían participado en actividades de cártel en el pasado. Más del 80% pensaba que los conocimientos de sus empleados sobre el derecho de la competencia y las consecuencias jurídicas de las infracciones eran incompletos, y entorno al 80% consideró que sus empleados subestimaban la detección de riesgos. De los encuestados que habían infringido previamente las normas de la competencia y aplicado programas de cumplimiento, más del 90% ofreció información y formación, mientras solo la mitad lo había hecho cuando se produjo su última infracción en materia de competencia. El estudio también concluyó que la mayoría de los encuestados no fue mucho más allá de la formación y no abordaban adecuadamente los factores de riesgo reales de los cárteles, como las perturbaciones de la demanda, los cambios en el entorno competitivo, los cambios en los beneficios o los incentivos salariales o de promoción adversos. Los autores concluyen que se necesitan estrategias de mitigación de riesgos más activas y específicas, así como una comunicación más clara de las sanciones internas por las infracciones del derecho de la competencia.

Recuadro 3.3. Impulsores del cumplimiento corporativo con la legislación en materia de lucha contra la corrupción

El estudio de la OCDE de 2020 sobre Impulsores, mecanismo e ideas para el cambio del cumplimiento corporativo con la legislación en materia de lucha contra la corrupción (OECD, 2020^[27])

Este estudio se basó en la respuesta de 130 representantes corporativos de 28 países en una encuesta de 2019, que representan varios sectores en todo el mundo. Casi todos los encuestados tenían aplicados programas de cumplimiento en materia de lucha contra la corrupción. El estudio se basó en otras investigaciones de la OCDE y en los informes de los países. Los capítulos dos y seis exploran las razones y retos de la adopción de programas de cumplimiento. Pueden ser especialmente relevantes para el debate sobre la competencia. Otros capítulos tratan la evaluación de riesgos, las medidas específicas de cumplimiento, los recursos para informar de la política de cumplimiento y las formas de avanzar.

El capítulo dos del estudio examina la motivación del cumplimiento. Casi el 80% de los encuestados señalaron que la mayor motivación para adoptar un programa de cumplimiento era el deseo de proteger *la reputación de la empresa o de evitar el enjuiciamiento*. Cerca del 70% indicó que contar con un programa de cumplimiento *les permitiría disponer de cierto «reconocimiento»* en su jurisdicción, ya sea en forma de defensa de la empresa o de mitigación de daños. No obstante, el estudio no estableció una relación causal clara entre la disponibilidad del «reconocimiento» y la tenencia de un programa de cumplimiento. 14 de cada 124 encuestados con un programa de cumplimiento no provenía de jurisdicciones que concedían reconocimiento. Como razón secundaria para el establecimiento de programas de cumplimiento, el estudio identifica el deseo de *competir por contratos gubernamentales o no gubernamentales*, que se aplicó a aproximadamente la mitad de los encuestados.

El capítulo 6 trata los retos de la aplicación de los programas anticorrupción. Casi el 60% de los encuestados señalan que *no entienden la necesidad de un programa de cumplimiento*. Casi el mismo porcentaje señaló una *falta de compromiso ejecutivo*. Para aproximadamente el 50%, *la falta de recursos financieros o de personal* era una grave limitación. La *presión para obtener beneficios* no concuerda fundamentalmente con las políticas de cumplimiento en algunas compañías. Alrededor de un tercio de los encuestados declaró que la *gran diversificación geográfica* de las actividades de la empresa suponía un problema. La adaptación local, el cumplimiento de terceros, las trabas culturales y la efectividad del Estado de Derecho en ciertas jurisdicciones se identificaron como obstáculos.

Todos los estudios tienen términos de referencia y objetivos distintos, y sus resultados no son fácilmente comparables. No obstante, presentan un elemento común, que es el conocimiento insuficiente de las obligaciones del derecho de la competencia y las oportunidades de denuncia por parte de los representantes corporativos, así como una subestimación de la detección de riesgos. Los resultados del estudio (Götz, Herold and Paha, 2016^[34]) implican una excesiva dependencia de la formación. Las ideas del cumplimiento en materia de lucha contra la corrupción señalan en la misma dirección, indicando la falta del compromiso ejecutivo y de recursos suficientes de cumplimiento (Recuadro 3.3). Como base para el debate podrían ser útiles más estudios, e investigaciones que utilicen términos de referencia comprables en todas las jurisdicciones.

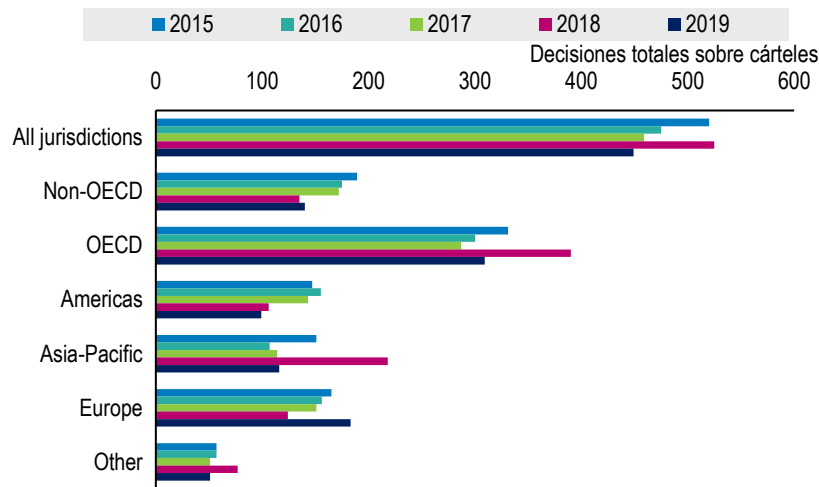
3.2. Estadísticas de la aplicación de la ley sobre cárteles⁶⁶

Para medir el éxito de los esfuerzos generalizados de cumplimiento con el derecho de la competencia por parte del público y de las empresas, lo ideal sería utilizar una medida de la intensidad de la competencia del mercado y su cambio a lo largo del tiempo. En última instancia, los esfuerzos de cumplimiento exitosos deberían llevar a la reducción de la conducta anticompetitiva y al correspondiente aumento en la competencia del mercado y bienestar de los consumidores. Sin embargo, esto es un esfuerzo casi imposible. Medir la competencia del mercado no es ni mucho menos trivial, y todas las medidas tienen sus propias limitaciones (véase (OECD, 2021^[35])). Encontrar una relación causal entre los programas de cumplimiento y la competencia en el mercado añade un nivel de complejidad que sería difícil de alcanzar. Son tantos los posibles determinantes de la competencia en el mercado que parece extremadamente difícil aislar el efecto de los esfuerzos de cumplimiento.

Las estadísticas de los cárteles pueden utilizarse al menos como base en el debate, pero hay que tener presente que su valor analítico para la cuestión que nos ocupa es limitado. Dada la naturaleza secreta de los cárteles, las estadísticas solo pueden basarse en los cárteles detectados. No hay forma de deducir ninguna idea de estas cifras sobre la actividad real (secreta) de los cárteles, su aumento o disminución y menos aún sobre la causalidad de cualquier supuesto cambio en los niveles de actividad.

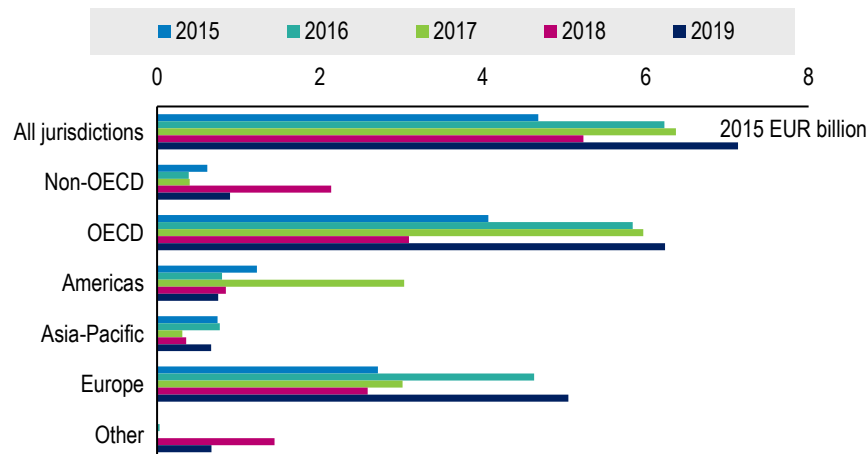
A falta de mejores datos y reconociendo las limitaciones de los datos utilizados, examinaremos algunos avances en la detección de cárteles, multas por cárteles, solicitudes de clemencia y registros sorpresa. Sus avances podrían ser, al menos, indicativos del éxito de la prevención de los cárteles, suponiendo que no se produzcan cambios innovadores en los métodos de detección⁶⁷, que provoquen el aumento del nivel de detección y servirá de base para el debate sobre los elementos de los programas de cumplimiento eficaz (sección 5.).

No existe una tendencia clara relativa al número de decisiones sobre cárteles a lo largo de los últimos cinco años, estas permanecen relativamente estables, con algunas diferencias regionales. Lo mismo podemos decir de las multas, fluctúan con más fuerza, pero sin una tendencia general a la baja y alcanzan su máximo en 2019.

Gráfico 3.1. Número total de decisiones sobre cárteles, 2015-2019

Nota: Datos basados en las 50 jurisdicciones de la base de datos CompStats que proporcionaron datos durante cinco años.

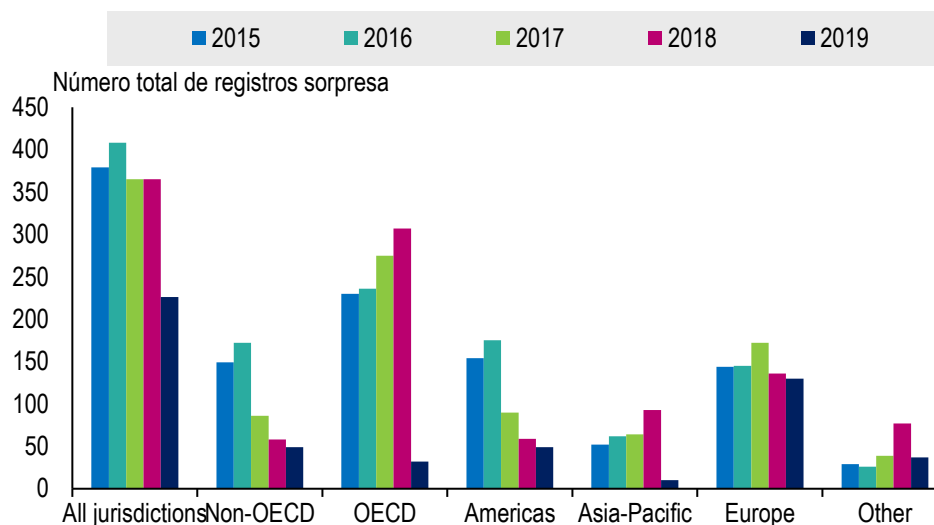
Fuente: (OECD, 2021, p. 12_[36]).

Gráfico 3.2. Total de multas relacionadas con cárteles impuestas por año, 2015-2019

Nota: Datos basados en las 50 jurisdicciones de la base de datos CompStats que proporcionaron datos durante cinco años. Las multas se expresan al valor del euro en el 2015 (las monedas distintas al euro se convierten utilizando los tipos de cambio oficiales de 2015 a 31 de diciembre de 2015).

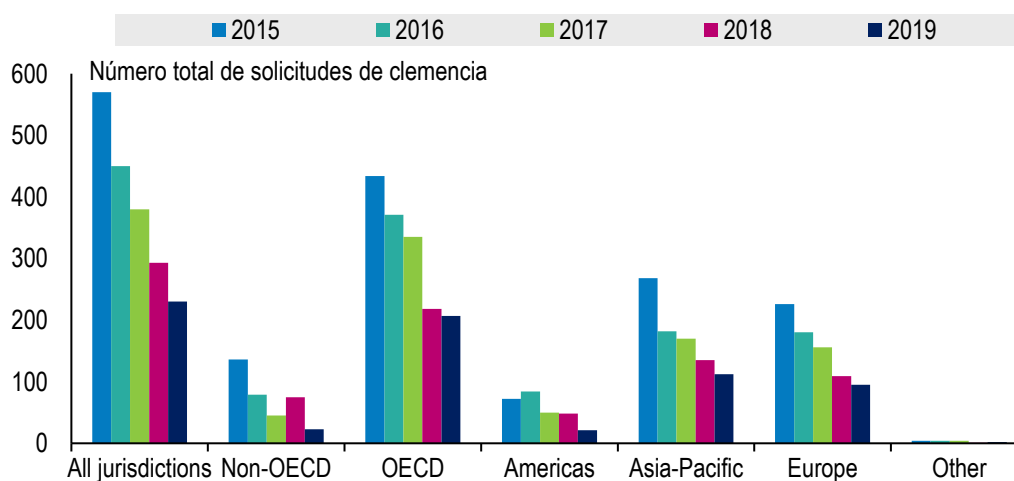
Fuente: (OECD, 2021, p. 22_[36]).

El número de registros sorpresa disminuyó significativamente, por lo menos un 40 % en 2019⁶⁸, comparado con la cifra media de registros sorpresa en los cuatro años anteriores y este descenso va muy en línea con una marcada disminución de las solicitudes de clemencia, que han disminuido un 60% en todas las jurisdicciones respecto a 2015. Además, el número de las investigaciones de oficio también ha disminuido.

Gráfico 3.3. Número total de registros sorpresa, 2015-2019

Nota: Datos basados en las 50 jurisdicciones de la base de datos CompStats que proporcionaron datos durante cinco años. 4 jurisdicciones han informado del número total de registros sorpresa tanto para casos de cárteles como para abuso de dominio.

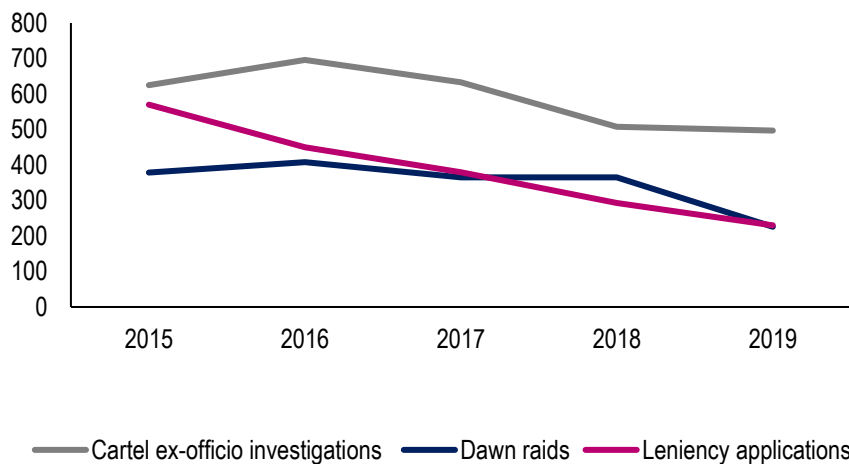
Fuente: (OECD, 2021, p. 11_[36]).

Gráfico 3.4. Número total de solicitudes de clemencia, 2015-2019

Nota: Datos basados en las 50 jurisdicciones de la base de datos CompStats que proporcionaron datos durante cinco años.

Fuente: (OECD, 2021, p. 12_[36]).

Gráfico 3.5. Las solicitudes de clemencia, los registros sorpresa y las investigaciones de oficio en los casos de cártel, 2015-2019



Nota: Datos basados en las 50 jurisdicciones de la base de datos CompStats que proporcionaron datos durante cinco años. 4 jurisdicciones han informado del número total de registros sorpresa tanto para casos de cárteles como para abuso de dominio.

Fuente: Base de datos CompStats de la OCDE.

Las estadísticas dan lugar a interpretación. Las cifras constantes de casos de cárteles procesados y las multas en continuo aumento (casi 30.000 millones de euros entre 2015 y 2019) podrían sugerir que la actividad de los cárteles no ha cambiado. Las autoridades de la competencia al utilizar sus herramientas estándar de detección y los recursos de los que disponen, consiguen detectar, perseguir y multar una cantidad «estándar» de actividad de cártel. Esto estaría en consonancia con las conclusiones de los limitados programas de concienciación y cumplimiento de las empresas más centrados en la forma que en los actuales riesgos de cártel. No obstante, como se mencionó al inicio, la actividad de los cárteles detectada no es necesariamente un buen indicador de la competencia de mercado y del éxito de los esfuerzos de cumplimiento.

Si se tiene en cuenta la evolución futura, cabe esperar una disminución en la aplicación de la ley sobre cárteles⁶⁹. El fuerte descenso de las solicitudes de clemencia y la correspondiente disminución de la actividad de investigación deberían dar lugar, con toda probabilidad, a un menor número de decisiones sobre cárteles, a menos que las autoridades de competencia consigan aumentar significativamente sus esfuerzos de detección proactiva. ¿Esto podría ser indicativo de una mayor efectividad de los esfuerzos de cumplimiento por parte de las empresas y autoridades de competencia?

Esta es una explicación posible, pero puede no ser la más plausible. A pesar de que algunas declaraciones recientes de profesionales privados sostienen que, en particular, las grandes empresas multinacionales y las empresas de servicios financieros han reforzado el cumplimiento con el derecho de la competencia, lo que ha provocado un descenso en la actividad de los cárteles⁷⁰, el aumento de la aplicación de la ley por el sector privado y los riesgos percibidos de la responsabilidad personal de los directivos pueden ofrecer mejores explicaciones sobre la disminución de la clemencia⁷¹. Estos son factores de gran peso frente a la solicitud de clemencia cuando las infracciones son detectadas internamente (véase también la sección 5.1). La Red Internacional de Competencia ve indicios con una tendencia al alza de la aplicación de la ley por el sector privado (International Competition Network, 2019, pp. 2-3^[37]). (Ysewyn and Kahmann, 2018^[38]) En Europa confirman esta tendencia y la consideran la principal razón de la disminución de las solicitudes de clemencia⁷².

Esto fue confirmado por una reciente encuesta (Covington; Brussels School of Economics, 2020^[39]), donde la amenaza de acciones civiles de daños y perjuicios es, sin duda, la principal razón de la disminución de solicitudes de inmunidad y clemencia por los profesionales privados⁷³.

Las evidentes limitaciones de los datos y estudios disponibles no permiten extraer conclusiones claras sobre la efectividad de los esfuerzos de cumplimiento de autoridades de competencia y empresas. Al mismo tiempo, no hay fuentes de datos disponibles que permitan concluir que el cumplimiento con el derecho de la competencia empresarial ha mejorado significativamente, a pesar del importante aumento de la actividad de cumplimiento de las autoridades de competencia. Por lo tanto, merece la pena explorar en qué aspectos los esfuerzos de cumplimiento de las autoridades de competencia y empresas pueden resultar insuficientes y como podrían mejorarse para aumentar la eficacia y el impacto.

4. Conocimientos de otros ámbitos políticos: contratación pública y lucha contra la corrupción

Antes de profundizar en los detalles de algunas de las principales características de un cumplimiento eficaz de la competencia y las posibles limitaciones que deben abordarse, vale la pena echar un vistazo a dos políticas vecinas cercanas: la contratación pública, como uno de los principales objetivos de la conducta colusoria; y la corrupción, como un tipo parecido de conducta corporativa ilegal y delito de cuello blanco. Las ideas e iniciativas sobre cumplimiento de ambas políticas podrían servir de base al debate de la competencia.

4.1. Contratación pública

Los avances observados en la contratación pública pueden influir de dos maneras en el debate sobre el cumplimiento con el derecho de la competencia. Uno de ellos es que la participación en los procedimientos de contratación pública puede condicionarse a la existencia de programas de cumplimiento eficaces y, por tanto, promover la introducción o mejoría de tales programas. Por ejemplo, este es el caso de Brasil. Algunos estados, en concreto, Río de Janeiro y Distrito Federal⁷⁴, tras la experiencia con las consecuencias de la competencia y la corrupción de la «operación Lavado de Autos»⁷⁵, han condicionado la participación en procesos de contratación pública de alto valor⁷⁶ a la existencia de un programa de cumplimiento eficaz. De igual modo, los programas de cumplimiento «aprobados» pueden suponer ventajas. La AGCM italiana ofrece «calificaciones de legalidad» a las empresas, en las que califica los programas de cumplimiento corporativo en una escala más amplia que va más allá del cumplimiento con el derecho de la competencia⁷⁷. Los compradores públicos pueden tenerlos en cuenta en procesos de licitación pública⁷⁸, y las empresas pueden emplear estas calificaciones para acceder más fácilmente al crédito y a los fondos públicos⁷⁹.

Otra forma en la que las normas de contratación pública pueden tener un efecto considerable en las políticas de cumplimiento de las autoridades de competencia tiene que ver con el papel de los programas de cumplimiento corporativo en la autolimpieza de las empresas, que son excluidas de la participación en las licitaciones por conducta ilegal. La directiva sobre contratación pública de la UE (Recuadro 4.2) dispone que las empresas que hayan sido excluidas de la participación en licitaciones públicas por haber cometido actos ilegales pueden eximirse cuando prueben que han adoptado suficientes medidas de autolimpieza. Esto incluye medidas adecuadas para prevenir futuras conductas indebidas, medidas de cumplimiento. El Grupo del Banco Mundial sigue una política similar y puede liberar a una parte inhabilitada cuando cumple ciertas condiciones (Recuadro 4.1).

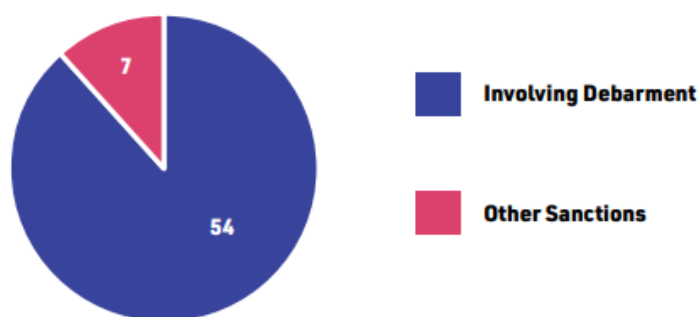
Recuadro 4.1. Programas de cumplimiento, liberación condicional de la inhabilitación

El Grupo del Banco Mundial (GBM), prevé la inhabilitación como una sanción por la infracción de sus normas de contratación y ha acordado la inhabilitación cruzada con otras instituciones financieras internacionales. La inhabilitación puede ser fija, condicional o con liberación condicional. Para una liberación, el GBM exigirá el establecimiento de una política de cumplimiento adecuada.

Las Directrices de cumplimiento integral del GBM ofrecen una visión general de los pasos y medidas necesarias a aplicar para considerar una liberación.

Ente los años 2016 y 2020, de las 61 sanciones impuestas, 54 supusieron inhabilitación.

Types of Sanctions Imposed by Sanctions Board (FY16-FY20)



En 2020, 18 partes sancionadas fueron liberadas de su pena de inhabilitación. La oficina de cumplimiento integral del GBM trabaja con las entidades sancionadas desde el principio, explicando los requisitos de cumplimiento, recomendando mejoras y supervisando su aplicación.

Fuente: <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/32774/files/cross-debarment-agreement.pdf>
<https://wallensteinlawgroup.com/wp-content/uploads/2017/12/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-full.pdf>;
 (World Bank Group, 2020^[40]).

Las disposiciones de autolimpieza de la Directiva Europea de contratación pública (Recuadro 4.2) pueden convertirse en motores del cambio hacia un mayor reconocimiento de los programas de cumplimiento con el derecho de la competencia a la hora de fijar multas. Esto fue comunicado por España (CNMC, 2020, pp. 3-4^[22]) y se refleja en los cambios políticos en Alemania y Rumanía.

Recuadro 4.2. La autolimpieza según la legislación de contratación pública europea

La Directiva [Europea 2014/24/EU de contratación pública](#) prevé motivos de exclusión obligatorios y facultativos de los operadores económicos en los procesos de contratación y los acuerdos colusorios se encuentran entre los motivos de exclusión facultativos (Art. 57 IV).

No obstante, los licitadores «*podrán presentar pruebas de que las medidas adoptadas por ellos son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente*». (Art. 57 VI). En este caso, el poder adjudicador puede admitir al licitador en el proceso de contratación. Esta **autolimpieza** precisa que el licitador facilite prueba de:

- haber **compensado o compensar en el futuro cualquier daño** causado por la infracción o la conducta indebida;
- **haber colaborado con las autoridades de investigación** para clarificar los hechos y circunstancias;
- haber adoptado **medidas técnicas, organizativas y de personal concretas para evitar las futuras infracciones o conductas indebidas**.

El considerando 102 ilustra lo que se espera en términos de medidas de cumplimiento. Estas pueden incluir *la reorganización de personal, la ruptura de todos los vínculos* con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, la implementación de *sistemas de información y control*, las normas de *responsabilidad interna e indemnización*, y una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento.

En Alemania, la Bundeskartellamt evaluará las medidas de autolimpieza en el marco de la legislación sobre contratación pública para aquellas empresas incluidas en el registro central de licitadores excluidos y decidirá sobre la finalización anticipada de un infractor del periodo de inhabilitación de tres años,⁸⁰ lo cual encaja con las disposiciones sobre multas recientemente introducidas en la ley de competencia. Estas prevén que la Bundeskartellamt, al fijar las multas por una infracción considere como circunstancias relevantes «las precauciones adecuadas y efectivas adoptadas antes de la infracción para prevenir y detectar las infracciones», y «los esfuerzos de las empresas para detectar las infracciones y compensar el daño, así como las precauciones adoptadas tras las infracciones para prevenirlas y detectarlas»⁸¹. En el pasado la Bundeskartellamt se ha opuesto al reconocimiento del cumplimiento más allá de sus recompensas a los solicitantes de clemencia⁸². Dado que una misma autoridad de la competencia evalúa los programas de cumplimiento a efectos de contratación pública cuando se aplican sus condiciones de imposición de multas, cabe esperar cierta alineación política.

El Consejo de Competencia de Rumanía, que también adoptó un cambio de política hacia el reconocimiento de los programas de cumplimiento de competencia, ha emitido un dictamen conjunto con la Agencia nacional de contratación pública de Rumanía sobre cómo pueden interpretarse los requisitos legales para evitar la inhabilitación en relación con las infracciones de competencia. La comunicación afirma que la solicitud de clemencia, la admisión de culpabilidad, así como las pruebas de un programa de cumplimiento eficaz destinado a la prevención de infracciones por manipulación de licitaciones pueden servir de prueba para la autolimpieza, y esto puede influir también en las prácticas de imposición de multas del Consejo de la Competencia⁸³. Queda por ver si la evolución de la legislación y la jurisprudencia en materia de contratación pública y la jurisprudencia conducirá realmente a cambios significativos en la práctica de la aplicación de la ley e imposición de multas por parte de las autoridades de la competencia. Otros estados de la Unión Europea no han seguido este enfoque (aún)⁸⁴.

En general, las autoridades de competencia deben estar al tanto de las novedades en el ámbito de la contratación pública y las oportunidades de cumplimiento que presentan. La posibilidad de acceder a las licitaciones públicas puede suponer un fuerte incentivo para la aplicación de programas de cumplimiento, y el cumplimiento de la *competencia* ocuparía naturalmente un lugar destacado en la lista cuando se trate de procedimientos de licitación pública. Las autoridades de competencia podrían promover estas políticas en sus jurisdicciones y desempeñar un papel activo en su aplicación. Sin embargo, cualquier disposición que establezca la obligatoriedad de los programas de cumplimiento debe garantizar que esto no suponga un obstáculo para la participación en las licitaciones de los operadores económicos más pequeños, lo que podría reducir el número de competidores y la competencia. Además, no hay que subestimar las implicaciones de recursos para la evaluación y supervisión de los programas de cumplimiento y hay que sopesar cuidadosamente los beneficios (véase la sección 2.3). Cualquier normativa que se limite a incentivar el cumplimiento sobre el papel no merecerá la pena, y puede haber más posibilidades de que se apliquen estos programas cuando se imponen obligatoriamente desde el exterior.

4.2. Lucha contra la corrupción

Los programas de cumplimiento también desempeñan un importante papel en las políticas de lucha contra la corrupción. La OCDE es uno de los líderes mundiales en la lucha contra la corrupción y ha adoptado más de 20 instrumentos jurídicos para luchar contra la corrupción y el soborno, y para promover la integridad en el sector público y privado. Se incluyen decisiones, recomendaciones, declaraciones, y acuerdos internacionales⁸⁵. El Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (el Convenio Anticorrupción) (OECD, 1997^[41]) obligó a sus 44 firmantes⁸⁶, a tipificar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros como delito penal en su legislación y a investigar, perseguir y sancionar este delito. La supervisión que se está haciendo sobre la aplicación del Convenio ofrece datos sobre las prácticas de la aplicación de la ley y los incentivos para el cumplimiento de la lucha contra la corrupción, así como para la cooperación con las autoridades de competencia encargadas del cumplimiento de la ley⁸⁷.

Algunos autores sostienen que las violaciones del derecho de la competencia no son muy diferentes de los delitos de corrupción: a menudo se cometen (o se permiten silenciosamente) por la alta dirección, pueden ser la esencia de un modelo de negocio ilegal y pueden beneficiar a la empresa al generar mayores beneficios⁸⁸. Sin embargo, cuando se trata de programas de cumplimiento hay una notable diferencia en su tratamiento y reconocimiento por parte de las fuerzas del orden. Aunque muchas jurisdicciones reconocerán los programas de cumplimiento cuando se trata de delitos de corrupción, y su existencia pueda incluso excluir responsabilidad corporativa, o al menos tener un importante efecto atenuante en cualquier sanción⁸⁹, esto no es una práctica común para los delitos de competencia. ¿Son los programas de cumplimiento con el derecho de la competencia el «pariente pobre» en el mundo del cumplimiento? (Riley, 2019, p. 4^[42])? Thépot sostiene que esta diferencia de trato no está justificada por la naturaleza de la infracción, ni por el hecho de que la responsabilidad sea mayoritariamente administrativa y recaiga sobre las empresas y que las autoridades de competencia deberían incentivar los programas de cumplimiento. Esto podría ayudar a resolver los problemas del agente-principal dentro de una empresa, y aportar beneficios en forma de una mejor prevención y liberando los recursos de la autoridad de competencia (Thépot, 2019, pp. 196-237^[43]).

Las conclusiones del trabajo de la OCDE sobre corrupción muestran que el enfoque de los programas de cumplimiento es, de hecho, diferente al de la competencia, pero también muestran que puede haber buenas razones para esa diferencia de enfoques. Esto puede justificar la actitud menos proclive de la competencia a la hora de recompensar los programas de cumplimiento o incluso la exoneración de multas.

Regímenes de responsabilidad históricamente diferentes

La corrupción es un delito y su ejecución se ha centrado históricamente en las personas físicas. Solo en los últimos 20 años, tras la entrada en vigor del Convenio Anticorrupción, se estableció la responsabilidad penal corporativa en cada vez más jurisdicciones⁹⁰. Por el contrario, y con algunas excepciones notables, los delitos de competencia tradicionalmente daban lugar a la responsabilidad corporativa y las infracciones individuales se imputaban a la empresa. Muchas jurisdicciones trabajan principalmente en un régimen de aplicación de la ley administrativa, y las sanciones contra los individuos suelen ser débiles, y rara vez conducen a penas de prisión, incluso cuando el régimen de aplicación de la ley es penal.

Históricamente, la justificación empresarial para establecer un régimen de cumplimiento de la normativa de *competencia* era siempre más fuerte, puesto que las empresas se verían directamente afectadas por una multa, y la necesidad de que autoridades de competencia ofrecieran incentivos adicionales era menor.

Diferencia fundamental en materia de denuncia y detección

Y lo que es más importante, y se explica por la distinta naturaleza de la competencia y la corrupción u otras infracciones empresariales, existen marcadas diferencias en la detección y denuncia de los delitos, lo que permite una aplicación de la ley eficaz en primer lugar. La conducta de los cárteles es única, ya que no solo implica la coordinación dentro de una empresa o la acción de una empresa, sino entre dos o más empresas. Aunque la diferencia no ha pasado desapercibida (Abrantes-Metz and Sokol, 2013, p. 2_[44]), las consecuencias de esta característica única para la detección y aplicación de la ley, así como posteriormente, para el incentivo de los programas de cumplimiento no parecen haber atraído mucha atención aún⁹¹.

Respecto a los cárteles, el mayor número de partes no relacionadas en una infracción, que persiguen sus objetivos individuales, aumenta significativamente el riesgo y las posibilidades de detección en comparación con los delitos de corrupción. El número de posibles fuentes de información para las autoridades de competencia es mucho mayor. Pueden ser internas de la empresa, como en otros delitos, pero son mucho más prometedoras las numerosas fuentes externas posibles y están ausentes en otros delitos. Los clientes perjudicados pueden, en ocasiones, darse cuenta y denunciar. Todo participante en un cártel o empleado de éste podría acudir a las autoridades para denunciar el cártel. A menudo los terceros desempeñan un papel coordinador y pueden también denunciar⁹². En consecuencia, promover la denuncia a través de los programas de clemencia se ha convertido en una de las principales herramientas para la detección de cárteles (OECD, 2018_[45]). Los programas de clemencia e inmunidad en materia de competencia se benefician de provocar enfrentamientos entre los participantes del cártel, utilizando las fuerzas de autodestrucción inherentes al cártel.

En casos de corrupción, es probable que ni el receptor ni el autor de un soborno denuncien, las víctimas directas pueden ser difíciles de identificar, y los terceros pueden tener solo escasa información en caso de sospecha (OECD, 2017, p. 9_[46]). Esto explica el gran énfasis de la lucha contra la corrupción en la denuncia y el enfoque en la prevención de los delitos, el cumplimiento. La justificación de la concesión de fuertes incentivos para el cumplimiento y la cooperación en la aplicación de la ley se basa en el reconocimiento de que las empresas tienen una ventaja competitiva en comparación con las autoridades encargadas de actuar cuando se trata de prevenir y detectar delitos dentro de la compañía, pues conocen mucho mejor lo que ocurre dentro, y que el mecanismo de aplicación de la ley debe aprovechar este recurso para aumentar su efectividad. Los datos muestran que la autodenuncia ha demostrado ser la fuente única más importante y fiable para la detección de delitos de corrupción en el extranjero. El 22% de las tramas de corrupción en el extranjero se detectan a través de la autodenuncia (OECD, 2017, p. 10_[46])⁹³, y la autodenuncia es el mecanismo de denuncia de mayor rendimiento cuando se trata de sanciones en los casos denunciados⁹⁴.

Una comparación de las estadísticas sobre los casos de corrupción y cártel internacionales⁹⁵ muestra que los casos de lucha contra la corrupción son menos numerosos e implican a un número significativamente menor de actores (sancionados). Entre los años 1999 y 2019, las partes del Convenio Anticorrupción han condenado o sancionado al menos a 651 personas físicas y 230 jurídicas por corrupción en el extranjero a través de procedimientos penales, y al menos a 87 personas físicas y 115 jurídicas a través de procedimientos administrativos o civiles (OECD, 2019^[47]), lo que supone un total de 345 sanciones contra personas jurídicas en 20 años. En cuanto a los cárteles internacionales, entre los años 1999 y 2018, se descubrieron más de 1000 cárteles, en los que participaron más de 9000 entidades jurídicas. Suponiendo que los delitos de corrupción ocurran al menos tan a menudo como los cárteles, esto puede probar dos puntos importantes y relacionados: (i) el actual sistema de detección de cárteles basado en la clemencia es más eficaz para la detección de infracciones, y (ii) el número de partes implicadas, a las que se podría incentivar a denunciar, es mucho mayor.

Esto también implica que las autoridades de competencia deben ser cautelosas a la hora de comprometer los incentivos de denuncia más significativos para ellas. Solo existen cuando las sanciones son suficientemente elevadas y consisten sobre todo en reducciones monetarias de multas. Conceder reducciones adicionales de las multas para los programas de cumplimiento disminuiría los incentivos económicos para solicitar la clemencia. En vista de que las solicitudes de clemencia ya han disminuido, cualquier cambio de política hacia recompensas más generosas por los programas de cumplimiento tendrían que considerarse muy cuidadosamente.

5. Programas de cumplimiento eficaz

Cuando las autoridades de competencia dedican tiempo y recursos a incentivar, evaluar y recompensar programas de cumplimiento de competencia corporativos, esto debería traducirse en una mayor prevención y detección y en última instancia en una mayor competencia.

Hasta la fecha, y basándose en las pruebas disponibles, no se pueden extraer conclusiones firmes sobre el éxito de los esfuerzos de cumplimiento de las autoridades de competencia. La pregunta sobre si resulta esencial garantizar la eficacia de un programa de cumplimiento sigue en el aire. Las respuestas a esta pregunta podrían permitir a las autoridades de competencia centrar mejor sus esfuerzos de cumplimiento en la aplicación de la ley y defensa y a las empresas mejorar sus políticas.

Hay una amplia unanimidad sobre los principales elementos de un programa de cumplimiento y los criterios establecidos por las Directrices de EE. UU. (U.S. Department of Justice, 2019^[3]) pueden servir como un buen punto de partida (Recuadro 2.3). Es uno de los documentos de orientación más recientes y la mayoría de las demás directrices de los organismos (véase el anexo Directrices de la autoridad de competencia) utilizan criterios similares (véase Recuadro 1.1).⁹⁶ También proporciona listas de comprobación útiles y operativas, que pueden facilitar las evaluaciones internas y externas.

Este capítulo, en lugar de ampliar los elementos ya conocidos, examinará selectivamente algunos elementos de los programas de cumplimiento que podrían ser especialmente relevantes para la eficacia de las políticas de cumplimiento y que podrían merecer más atención por parte de las autoridades de competencia que quieran promover el cumplimiento de forma más eficaz.

Los elementos son la detección y la facilitación de la denuncia temprana, la participación de la alta dirección, la supervisión y la auditoría, los incentivos de cumplimiento y el cumplimiento por parte de terceros. Son elementos sobre los cuales las jurisdicciones adoptan enfoques diferentes, o que habitualmente no están incluidos en los directrices de la autoridad de competencia, pero que podrían marcar la diferencia entre un programa eficaz y uno de «papel». Este enfoque no implica que los otros elementos sean menos relevantes.

5.1. Detección y denuncia temprana

Varias autoridades de competencia subrayan que para que se considere eficaz, un programa de cumplimiento debe conducir a la detección de las infracciones y a la posterior denuncia a las autoridades. Este es también el razonamiento de los organismos de control como la Comisión Europea, que consideran la clemencia y la inmunidad como la máxima recompensa de un programa de cumplimiento eficaz. Perú exige la denuncia al Indecopi como un requisito previo para la reducción de multas por un programa de cumplimiento (Indecopi, 2020, p. 38^[9]). En Alemania, en general, un programa de cumplimiento no debe considerarse eficaz y merecedor de una reducción de multas si no condujo a la detección y denuncia de la infracción⁹⁷. El DOJ de los EE. UU. se pregunta si el programa detectó la infracción y facilitó la denuncia temprana como una de las cuestiones básicas y preliminares a la hora de evaluar la eficacia de un programa, aunque el hecho de no hacerlo no es determinante. Otras jurisdicciones como Canadá, Italia, España, Rumanía o Australia también

consideran la denuncia a la autoridad de competencia como un elemento importante de un programa eficaz, aunque no sea una condición previa esencial⁹⁸.

La directiva sobre contratación pública de la UE sigue un enfoque similar (Recuadro 4.2), que hace que la atenuación de daños y la colaboración con las autoridades de investigación sean condiciones previas para una liberación temprana de la inhabilitación.

Recuadro 5.1. Denuncia, el punto de vista de la empresa

Desde el punto de vista de la empresa y de sus asesores, la decisión de denunciar y solicitar clemencia o inmunidad, cuando proceda, no es un tema nada evidente. (Ysewyn y Kahmann, 2018, p. 44[13]) afirman que no hay obligación legal de denunciar ni de solicitar la inmunidad y declaran que **«Hacer una solicitud de inmunidad es el resultado de una compleja ponderación de los beneficios y desventajas y de un detallado análisis de riesgos»**.

En el lado positivo, la inmunidad y la reducción de las multas son beneficios evidentes, al igual que las mejores relaciones de trabajo con los organismos de la competencia, las reacciones positivas de los inversores, la evitación de los costes de recurso, la protección parcial de los pagos por daños y perjuicios y la protección de los individuos. En el lado negativo se encuentran las incertidumbres legales, la pérdida de la posibilidad de librarse de multas sin cooperar, la incertidumbre sobre la jurisdicción y los regímenes de marcadores discrecionales, los elevados costes y trabas administrativos, la duración de los procedimientos de cártel, los efectos dominó, las relaciones con los competidores, las consecuencias para los empleados, y, como factor más importante, el riesgo de daños privados. De esto cabe concluir que una evidente estrategia a seguir, cuando el balance es negativo, sería tener preparado un expediente de clemencia en caso de detección, y en caso contrario jugar al «juego de la espera» hasta que se cumpla el plazo de prescripción (Ysewyn y Kahmann, 2018, p. 58[13]). De forma similar, (Stephan y Nikpay, 2014[83]) concluyen que la decisión de solicitar la clemencia implica un cuidadoso equilibrio de varias incertidumbres y enumeran las acciones de daños y perjuicios posteriores como un factor importante.

Otros comentaristas han señalado igualmente que la solicitud de clemencia es un ejercicio de equilibrio, entre los costes particulares de los daños y perjuicios privados y los beneficios de las reducciones de multas.

Fuente: PÁRR., 24 de marzo de 2021, El aumento de las indemnizaciones y los programas de cumplimiento ralentizan la aplicación de la ley sobre cárteles por parte de la CE – Análisis, <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-qbwbrb>.

Estas perspectivas de las autoridades de competencia contrastan con las opiniones expresadas por parte de la empresa (Recuadro 5.1). Allí el mensaje no es nada sencillo y las empresas sopesarán costes y beneficios antes de solicitar clemencia, cuando se detecte internamente una infracción. No obstante, lo que no parece incluirse en el cálculo coste/beneficio son las implicaciones de esta estrategia de equilibrio aparentemente racional sobre la credibilidad del mensaje y de la política de una empresa en materia de cumplimiento.

Si bien es cierto que no existe una obligación jurídica de denunciar una infracción del derecho de la competencia a una autoridad de competencia, la perspectiva del cumplimiento debería al menos sugerir con firmeza esa denuncia, y puede considerarse como una prueba de la credibilidad de las afirmaciones sobre ética corporativa y del compromiso de la dirección con esta ética.

Como la clemencia es una de las herramientas más importantes de detección para las autoridades de competencia, condicionar la eficacia de los programas de cumplimiento a la decisión proactiva de la empresa a autodenunciar una infracción (cártel) detectada, contribuiría probablemente a frenar el descenso de solicitudes y a invertir la tendencia. Además de abordar muchas de las preocupaciones legítimas que tienen

las empresas cuando denuncian por clemencia – un enfoque adoptado por las jurisdicciones como Perú, Alemania, Canadá o España –, un elemento que podría ayudar a que los regímenes de clemencia vuelvan a ser más eficaces sería convertir la denuncia en un requisito para la reducción de sanciones u otras ventajas que una empresa puede obtener por la tenencia de programas de cumplimiento preexistentes. Este enfoque también puede incorporarse a las políticas de la autoridad de competencia que concedan reconocimiento para programas futuros o a los ya existentes mejorados. El compromiso de denunciar podría ser un requisito expreso de las futuras obligaciones de cumplimiento. A la hora de imponer obligaciones de cumplimiento, esto podría incluirse igualmente como un principio básico de la política de cumplimiento.

5.2. Participación de la dirección

Una característica constante y recurrente de la literatura sobre cumplimiento y de las directrices de las autoridades de competencia, es que el enfoque de la cúpula directiva es fundamental para que un programa de cumplimiento sea eficaz. La alta dirección debe predicar con el ejemplo y expresar unas expectativas claras sobre el cumplimiento, creando una «cultura de cumplimiento». En la misma línea, la participación de la alta dirección en las infracciones del derecho de la competencia, la promoción o la ignorancia de la conducta anticompetitiva⁹⁹ se consideran indicadores muy fuertes de la ineficacia de un programa y una cultura de cumplimiento. Las Directrices sobre la imposición de condenas de EE. UU.¹⁰⁰, a la hora de considerar los factores atenuantes de los programas de cumplimiento existentes, tienen en cuenta esto como una presunción refutable de ineficacia. Del mismo modo las Directrices de cumplimiento del DOJ consideran si la empresa promovió una cultura de cumplimiento y si la dirección de la empresa estuvo involucrada en la conducta indebida (U.S. Department of Justice, 2019, p. 14^[3]), también España (CNMC, 2020, p. 8^[22]), y Alemania¹⁰¹. Canadá también considera que es un indicio de ineficacia de un programa de cumplimiento y además puede considerar la participación de la dirección como factor agravante cuando fije la multa (Competition Bureau Canada, 2015, p. 8^[2]). Por otra parte, las jurisdicciones dispuestas a aceptar un programa de cumplimiento eficaz preexistente como un factor atenuante tienen que admitir que ni siquiera el mejor programa de cumplimiento podrá prevenir completamente la acción anticompetitiva de un empleado dispuesto a llevarla a cabo – el famoso «empleado pícaro» –.

Para que los esfuerzos de cumplimiento sean más eficaces, podrían ser de utilidad las pruebas empíricas sobre el grado de implicación de la alta dirección, ya que permitiría extraer conclusiones respecto a los aspectos en los que los esfuerzos de cumplimiento de autoridades de competencia y empresas podrían mejorarse y orientarse mejor.

Recuadro 5.2. Cártels con participación de la alta dirección

Francia, el cártel del sándwich

La *Autorité de la Concurrence* francesa ha impuesto multas de 24.6 millones de euros a tres grandes productores de sándwiches vendidos en supermercados en marzo de 2021. Han coordinado sus ofertas a las grandes cadenas de supermercados en un periodo de seis años, poniendo fin a una guerra de precios e introduciendo un «pacto de no agresión». Desde su creación, el cártel se **coordinó al más alto nivel de gestión** para los tres productores.

Comisión Europea, cártel de las conservas vegetales

En 2019, la Comisión Europea declaró culpables a tres proveedores de conservas vegetales por fijación de precios, reparto de mercado y asignación de clientes en el Espacio Económico Europeo (EEE) durante más de 13 años y les impuso multas totales de 31,7 millones de euros. La decisión dispone: *Las reuniones de «alto nivel» se celebraron por lo general al menos una vez al año entre los directivos de los destinatarios para debatir y acordar la orientación general de la conducta, el nivel global de los aumentos de precios, las cuotas de mercado y los volúmenes de cada destinatario, incluidas las compensaciones debidas si algunos de ellos no respetaban los volúmenes acordados* (énfasis añadido).

Estados Unidos, cártel del atún en conserva

En 2020, el **anterior director general** de una de las empresas que participó en la fijación de precios del atún en conserva fue condenado a 40 meses de cárcel por dirigir la conspiración de tres productores de atún en conserva. También **se declararon culpables otros tres directivos** entre ellos un vicepresidente de ventas. Durante el proceso, las personas implicadas incluían directivos de alto nivel con cargos como director general, director financiero, director de operaciones, presidente, interventor, director regional de ventas, vicepresidente de operaciones, vicepresidente senior de ventas, director de operaciones en Estado Unidos, jefe de recursos humanos o vicepresidente de ventas al por menor.

Fuentes: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-sanctionne-pour-entente-les-3-principaux>;
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2021-03/21d09.pdf;
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40127/40127_2661_3.pdf;
<https://www.justice.gov/opa/pr/former-bumble-bee-ceo-sentenced-prison-fixing-prices-canned-tuna>;
<https://globalcompetitionreview.com/exec-plead-guilty-first-charges-in-tuna-probe>;
<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2020/02/Tuna-Tales-The-Antitrust-Tsunami.pdf>.

Aunque es fácil encontrar ejemplos de casos de implicación de la alta dirección (Recuadro 5.2), las pruebas empíricas reales sobre el nivel de dirección implicado en las infracciones del derecho de la competencia son, en el mejor de los casos, irregulares. Estudios antiguos como (Lande and Connor, 2012, pp. 12-13^[48]) muestran que de las 151 personas condenadas a penas de prisión en EE. UU. entre los años 1990 y 2008, 64 eran directivos de empresa o altos cargos, y 77 eran mandos intermedios, de los que 35 tenían responsabilidades en materia de ventas o marketing. (Combe and Monnier, 2020^[49]) señala que los empleados de alto rango de la empresa son los infractores en los casos detectados. (Stephan, 2011^[50]), analiza una muestra de 40 cártels, donde la mayoría de los directores de ventas o de marketing estaban directamente implicados en el cártel, y a veces también la dirección general¹⁰². (Wils, 2013, p. 8^[7]) afirma que las pruebas de las infracciones antitrust demuestran que en la mayoría de ellas está implicada la alta dirección. Igualmente, (Klawiter, 2019^[51]) afirma que los últimos 25 años, la mayoría de los cártels internacionales fueron operados por los altos directivos de las empresas, lo que se explicaría por el tamaño y la importancia de los acuerdos.

Recuadro 5.3. ¿Qué hace que los cárteles sean atractivos para los empleados de alto nivel?

Varias publicaciones analizan los incentivos de los directivos para participar en conductas de cártel.

Las explicaciones ofrecidas incluyen:

Mecanismos de remuneración basados en los indicadores de rendimiento, valor de las acciones y opciones sobre acciones (Combe and Monnier, 2020, p. 42^[49]), (Thépot, 2019^[43])

Beneficios que superan el coste para los directivos, quienes con frecuencia habrán dejado la empresa cuando se detecte y persiga la infracción (Combe and Monnier, 2020, p. 42^[49])

Los directivos no tienen que rendir cuentas internamente. Un estudio muestra que los directivos de las empresas del cártel tienen una mayor seguridad laboral, reciben mayores bonificaciones en efectivo y obtienen más compensaciones a posteriori mediante el ejercicio puntual de opciones sobre acciones. (González, Schmid and Yermack, 2017^[52])

La ignorancia sobre la ilegalidad de la conducta, las crisis económicas que puede servir como justificación o desencadenar una conducta irracional y la arrogancia promovida por la cultura de las reuniones de los cárteles, así como la socialización y el establecimiento de vínculos de confianza. (Stephan, 2020^[53])

La participación de la alta dirección en la delincuencia empresarial más bien es la norma y no la excepción, como sugiere la literatura sobre competencia y se corrobora por los datos de la OCDE sobre corrupción en el extranjero. La alta dirección es la más implicada en los sobornos cometidos por una empresa, concretamente en el 75% de los casos que están siendo objeto de un reciente estudio (OECD, 2020, p. 8^[54])¹⁰³. Un informe de 2014 de la OCDE muestra que la alta dirección participó en aproximadamente un 50% de los casos de corrupción en el extranjero entre 1999 y 2014 (OECD, 2014, p. 23^[55])¹⁰⁴.

Respecto a las políticas de cumplimiento de las autoridades de competencia, la persistente participación de la alta dirección en cárteles indica que los esfuerzos de cumplimiento de las autoridades de competencia pueden no ser suficientemente efectivos aún. Esta conclusión iría en consonancia con los resultados del estudio presentado (véase sección 3.1). También es indicativo de graves limitaciones en la política de cumplimiento de la empresa, y podría considerarse como un fuerte indicador de una política de cumplimiento corporativa ineficaz, como es el caso de las jurisdicciones mencionadas al inicio de esta sección.

Los remedios de la aplicación de la ley podrían buscarse en las sanciones para los individuos, como multas más elevadas, el encarcelamiento o inhabilitación de los directores, por ejemplo, pero este debate va más allá del alcance de este documento. Un debate emergente, que podría alimentar las futuras estrategias de cumplimiento de autoridades de competencia y empresas, pone el foco sobre el equilibrio de género en la dirección de las empresas y sus implicaciones de cumplimiento (Recuadro 5.4). Un estudio de PricewaterhouseCoopers (PWC) muestra que los directivos que se dedican al fraude son generalmente hombres de mediana edad, con alto nivel de educación y entre 3-5 años de experiencia¹⁰⁵.

Recuadro 5.4. Mejora del equilibrio de género para mejorar el cumplimiento

El debate sobre como **los desequilibrios de género** pueden afectar a la aplicación de la ley de competencia y al **cumplimiento corporativo** es reciente y continuo. Los primeros indicios sugieren que una representación de género más igualitaria podría suponer una diferencia positiva para el cumplimiento con el derecho de la competencia.

Varios estudios han intentado comprender la influencia de las diferencias de género en numerosos aspectos económicos (véase (Akerlof and Kranton, 2000^[56]); (Becker, 1957^[57])), y los estudios realizados en diferentes ámbitos concluyen que, **por término medio, las mujeres tienden a cumplir más** las normas y procedimientos que los hombres (por ejemplo, el respeto de las precauciones de control de las infecciones (Ward, 2004^[58]), las medidas de contención de COVID-19 (Galasso et al., 2020^[59]), el cumplimiento fiscal (D'Attoma, Volintiru and Steinmo, 2017^[60])). (Feldman and Lobel, 2010^[61]) realizó un estudio empírico para examinar una serie de mecanismos que emplean los sistemas jurídicos para promover la denuncia de irregularidades. Los resultados muestran claramente que **las mujeres son más propensas a denunciar** a las fuerzas del orden la mala conducta corporativa o el fraude financiero, así como la mala conducta medioambiental. Los estudios podrían tener importantes implicaciones para las políticas de competencia en la medida en que **las políticas que promueven o exigen el equilibrio de género** en los consejos de administración y en los puestos de alta dirección podrían tener **efectos favorables en la competencia y fomentar el cumplimiento de la ley de competencia**. Un análisis de la base de datos Connor de los cárteles privados internacionales ofrece cierto apoyo a las hipótesis de que **las mujeres tienden a coludir menos**. En particular, se comprobó que menos del 5 por ciento de los directivos procesados por participación en cárteles internacionales entre 2010 y 2016 eran mujeres (OECD, 2018, p. 27^[62]). No obstante, esto también podría explicarse por la falta de oportunidades o por enfoques más inteligentes de la conducta indebida.

En 2018, la OCDE empezó a investigar si un enfoque de género podría ayudar a ofrecer una política de competencia más eficaz, así como si una política de cumplimiento eficaz puede ayudar a abordar la desigualdad de género (Pike and Santacreu-Vasut, 2019^[63]); (OECD, 2018^[62]). Pike (Pike, 2018^[64]) sugiere que la adopción de un enfoque sensible con el género podría ayudar a entender las diferencias en el cumplimiento de la ley de competencia por parte de las empresas.

Para abordar la falta de investigación sobre la política de competencia inclusiva en materia de género, la OCDE, con el apoyo del Gobierno de Canadá y en particular la Oficina Canadiense de Competencia ha seleccionado siete propuestas de investigación que generarán nuevas pruebas como base para el debate y ayudar a desarrollar la orientación sobre cómo hacer la política de competencia más inclusiva respecto al género¹⁰⁶.

Nota: Todo el material actual y futuro relacionado con el trabajo de la OCDE sobre la política de competencia inclusiva en materia de género puede consultarse aquí <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>.

En lo que respecta a la defensa del cumplimiento, las autoridades de competencia pueden querer replantearse o añadir algo a sus estrategias, si quieren llegar a los altos directivos, los más relevantes para la eficacia de las políticas de cumplimiento. Las posibles estrategias a considerar, aparte de los requisitos de compromiso de la alta dirección existentes en las diversas políticas de la autoridad de competencia, podrían ser

- Incluir requisitos para la formación periódica y específica de la alta dirección, incluida la de alto nivel, en los programas de cumplimiento corporativo
- Impartir formación básica sobre el derecho de la competencia en las escuelas de negocios

- Garantizar que la supervisión de terceros y la auditoría interna incluyan expedientes de gestión de alto nivel y comunicación
- Permitir el aprendizaje entre pares: esto podría facilitarse a través de la promoción de las medidas de cumplimiento de terceros (véase 5.5), o haciendo que los directivos responsables de conductas anticompetitivas y procesados por un delito informen de su experiencia a otros directivos
- Canales de notificación/denuncia que permitan la implicación de la alta dirección y la denuncia a las autoridades sin que la alta dirección se vea involucrada ni alertada y evitando los riesgos de represalias
- En la medida permitida dentro de los marcos jurídicos existentes, el escarnio público a los gestores responsables para aumentar el riesgo de reputación.

5.3. Incentivos de cumplimiento

Las directrices de las autoridades de competencia sobre el cumplimiento a menudo incluyen referencias y requisitos sobre los incentivos y la disciplina adecuados para el cumplimiento y en su mayoría están directamente relacionados con la recompensa y el incentivo de los comportamientos conformes o el castigo de los no conformes. Lo que raramente se tiene en cuenta son los (des)incentivos indirectos para cumplir, como los que pueden establecerse mediante objetivos de rendimiento ambiciosos y regímenes salariales basados en el rendimiento. En pocas palabras: incluso el mejor programa de cumplimiento corporativo carecería de valor alguno, cuando los empleados no pueden alcanzar sus objetivos de rendimiento sin estar, al menos, seriamente tentados a recurrir a medios ilegales y anticompetitivos.

Las Directrices de EE. UU. hacen referencia a esta cuestión en una frase dentro del elemento ocho, disciplina de cumplimiento e incentivos: *¿Ha considerado la empresa las implicaciones del cumplimiento de la normativa antitrust y de sus incentivos, estructura de compensación y recompensas?* (U.S. Department of Justice, 2019, p. 11^[3]). Las Directrices de Chile mencionan que los incentivos y salarios de los empleados deben ser compatibles con el marco jurídico de la competencia (Fiscalía Nacional Económica, 2012, p. 11^[23]). No obstante, este tipo de declaraciones por parte de las autoridades de competencia son poco frecuentes y el tema puede merecer más atención cuando las autoridades de competencia quieren comprometerse a determinar la eficacia de los esfuerzos de cumplimiento. Aunque no hay que desaconsejar los salarios e incentivos basados en el rendimiento, ya que pueden mejorar notablemente el rendimiento del personal y de la empresa, tampoco deberían promover ni incluso crear la necesidad o fuerte tentación de la conducta anticompetitiva para hacerlos posibles.

Los Principios de la Gobernanza de las Empresas de la OCDE y del G20 prevén que la remuneración de los directivos clave y del consejo de administración debe coincidir con los intereses a largo plazo de la empresa y de sus accionistas, incluyendo disposiciones sancionatorias y retroactivas para casos de falta de conducta grave (OECD, 2015, p. 50^[65]). Las consideraciones del cumplimiento con el derecho de la competencia pueden apoyarse en este énfasis en el interés a largo plazo ya que los salarios pueden reflejar de varias maneras los indicadores de rendimiento a corto o largo plazo más o menos propensos a la conducta anticompetitiva.

(Herold, 2016^[66]) sostiene que un adecuado diseño de la remuneración incentivada debe complementar otras medidas de cumplimiento. El pensamiento económico y los conocimientos procedentes de los cárteles y de la teoría de la autoridad de competencia sugieren que los umbrales de beneficios obligatorios relacionados con las primas y sus topes tenderán a incentivar colusiones por parte de los directivos. Dado que la participación de los altos cargos de las empresas a menudo coincide con los sistemas de incentivos y de retribución variable, estos regímenes pueden desencadenar un comportamiento fraudulento de alto riesgo por parte de los directivos, según varios estudios (Combe and Monnier, 2020^[49]). En virtud de (Aghadadashli and Legros, 2020^[67]), las primas altas o bajas pueden ser señales de alarma respecto a la responsabilidad corporativa, ya que pueden reflejar las intenciones de los propietarios de inducir la comunicación explícita de la competencia por parte de sus directivos. (Viros, 2020, p. 35^[68]) considera que la forma en la que se estructura el paquete

retributivo de un empleado puede facilitar la clave para descifrar los incentivos existentes para la conducta anticompetitiva, aunque puede no contar toda la historia.

En efecto, no será fácil para las autoridades de competencia crear criterios operativos para los regímenes retributivos compatibles con el cumplimiento, y han de tener en cuenta los beneficios de los salarios basados en incentivos que mejoran el rendimiento. No obstante, puede ser posible identificar los regímenes manifiestamente inadecuados al examinar los programas de cumplimiento preexistentes y obligar a las empresas a tener en cuenta los regímenes retributivos como parte de sus políticas de cumplimiento. Son los más indicados para evaluar si lo que piden es posible sin violar las leyes de la competencia y no hacerlo sería nuevamente una señal de falta de compromiso de la dirección y de apoyo a la política de cumplimiento corporativo. Con el fin de crear una base más sólida para esta evaluación e identificar las señales de alarma, las autoridades de competencia podrían prestar atención a la existencia de estos incentivos en las investigaciones de cárteles en curso o revisar los casos antiguos.

5.4. Auditoría y control de los procesos corporativos

La inclusión de los requisitos de auditoría y control en la evaluación de los programas de cumplimiento eficaz es un elemento más bien estándar, utilizado por muchas autoridades de la competencia, pero se refiere sobre todo al programa de cumplimiento como tal, a su revisión y a la confirmación de que los procesos están en marcha o de que se imparte formación. No obstante, los requisitos de control y auditoría pueden ir más allá y aplicarse directamente a las transacciones y procesos empresariales que se identifican como un riesgo de cumplimiento con el derecho de la competencia o al control de las comunicaciones. La Comisión Europea pide que se realicen auditorías y monitoreos como herramientas de prevención y detección, en particular cuando una empresa participa en licitaciones (European Commission, 2013, p. 18^[4]), de igual modo EE. UU. pide que se utilicen monitoreos y herramientas de control de la comunicación (U.S. Department of Justice, 2019, p. 10^[3]). Chile y Perú también se refieren al monitoreo y al uso de programas informáticos para, por ejemplo, controlar las conversaciones con los competidores¹⁰⁷.

Aunque el debate de competencia sobre los algoritmos a menudo se centra en los retos de cumplimiento que presentan (Recuadro 5.5), también pueden ser una herramienta para un cumplimiento más eficaz.

Recuadro 5.5. Algoritmos como un riesgo de cumplimiento

Los mayores desafíos para el cumplimiento existen cuando los algoritmos interactúan sin interferencia humana y sin haber sido programados explícitamente de esta forma y llegan a resultados colusorios o de otro modo anticompetitivos (OCDE, 2017, pp. 33-42[68]). No obstante, las altas expectativas de las autoridades de la competencia se han articulado desde el principio y con claridad. Tal y como manifestó la vicepresidenta ejecutiva y comisaria de Competencia de la Comisión Europea Margrethe Vestager en 2017 «... Creo que tenemos que dejar muy claro que las empresas no podrán eludir la responsabilidad por la colusión escondiéndose detrás de un programa informático. Lo que las empresas pueden y deben hacer es garantizar el cumplimiento de la normativa antitrust desde el diseño. Esto significa que los algoritmos de fijación de precios tienen que construirse de manera que no permitan la colusión..., la respuesta frente a una oferta de colusión debe ser «Lo siento, me temo que no puedo hacerlo». Del mismo modo y en relación con el cumplimiento corporativo, el Fiscal General Adjunto del Departamento de Justicia de los Estados Unidos A. Powers dijo que «..., dado el nivel del debate en relación con este tema en los últimos años, una empresa tendría dificultades para convencernos de que tenía un programa de cumplimiento eficaz si no consideraba los tipos de riesgos asociados a los algoritmos de fijación de precios y herramientas similares, y esta falta contribuyó, en parte, a la conducta delictiva anticompetitiva en cuestión».

(Deng, 2019^[69]) ha desarrollado varios **criterios** que pueden utilizarse para garantizar que **los algoritmos cumplan con el diseño**. Obviamente no deben diseñarse con el objeto de permitir o facilitar la colusión y no deberían exponerse intencionalmente a la competencia. Además, los algoritmos no deben abrir una puerta trasera secreta a otros algoritmos que permitan parloteos y comportamiento de señalización entre los algoritmos, ni deben estar programados para pasar de decisiones sobre fijación de precios colusorias a no colusorias en función de las reacciones de un competidor a las señales (Deng, 2019, p. 4^[69]). Una buena práctica de cumplimiento podría requerir la realización de pruebas experimentales para ver si los algoritmos de fijación de precios conducen a una colusión tácita.

No obstante, las autoridades de la competencia no han emitido hasta ahora directrices específicas sobre sus expectativas relativas a lo que constituye el cumplimiento eficaz de la Inteligencia Artificial (IA) o de los algoritmos en sus directrices sobre los programas de cumplimiento como tales. Los principios de la OCDE sobre la Inteligencia Artificial pueden ser un buen punto de partida para las empresas que quieran utilizar la IA y los algoritmos de forma responsable en sus procesos corporativos. Subrayan que el uso de la IA debería ser transparente, evaluar continuamente el riesgo y permitir la plena rendición de cuentas.

Nota: Principios de la OCDE sobre la Inteligencia Artificial - <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>; Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Inteligencia Artificial.

Los algoritmos pueden apoyar a las empresas en sus esfuerzos de monitoreo, prevención y detección, así como beneficiarse de los amplios conocimientos disponibles en el monitoreo de conductas anticompetitivas. Especialmente en el caso de los cárteles, existe mucha literatura y experiencia de las autoridades de competencia en el monitoreo de mercados susceptibles de colusión, así como de conductas y resultados de mercado que podrían indicar un comportamiento colusorio en el mercado¹⁰⁸. Siempre que se disponga de datos suficientes, las empresas pueden aplicar estos monitoreos internamente. (Schwalbe, 2016^[69]) también se refiere a monitoreos para identificar conductas abusivas, tanto estructurales como conductuales. Además de los monitoreos basados en la estructura, el precio o el rendimiento, las empresas pueden utilizar la Inteligencia Artificial (IA) para controlar la comunicación de la empresa en busca de signos sospechosos, como las palabras clave en la comunicación de la competencia, que puede llevar a una señalización temprana de un comportamiento potencialmente problemático (Deng, 2019, p. 4^[70]).

(Johnson and Sokol, 2020^[71]) subrayan que cuando existen riesgos de colusión algorítmica, los métodos de detección dentro de una empresa deben abordar esos riesgos específicos de cumplimiento, y deben aplicarse enfoques de monitoreos. Hay que centrarse en actividades y mercados de alto riesgo conocidos, como la contratación¹⁰⁹. Este monitoreo interno no es nuevo ni poco frecuente, puesto que ya se emplea en otros ámbitos normativos, como el fraude, la corrupción¹¹⁰, y el comercio de materias primas o valores, para identificar los indicadores o anomalías que pueden sugerir una manipulación del mercado. Tal y como ha manifestado el Fiscal General Adjunto del Departamento de Justicia de los Estados Unidos Matthew S. Miner en relación con las investigaciones de fraude, «... *las empresas tienen un acceso mejor y más inmediato a sus propios datos. Por esta razón, si se produce una conducta indebida, nuestros fiscales van a indagar las actividades de la empresa relacionadas con el análisis y rastreo de sus propios datos, tanto en el momento de la conducta indebida, como en el momento en que estamos considerando una posible resolución*»¹¹¹.

El ejemplo de AB InBEV (Recuadro 5.6) muestra que las técnicas de monitoreo inicialmente empleadas con fines de diligencia debida para la lucha contra la corrupción en un proceso de fusión pueden extenderse significativamente a un monitoreo de cumplimiento interno más amplio y regular, con resultados positivos. El cumplimiento de la normativa basada en datos puede ayudar a las empresas a ser proactivas en sus esfuerzos de cumplimiento, en lugar de dejar las investigaciones de datos a funciones de auditoría, más lentas y principalmente reactivas, lo que contribuye a una mejor transparencia empresarial y a un mayor rendimiento (Galvin and Walden, 2020^[72]).

Recuadro 5.6. AB InBEV utiliza la IA para luchar contra la corrupción y el fraude

AB InBEV ha desarrollado su propia herramienta de análisis de datos y tecnología de aprendizaje automático, BrewRight. La herramienta utiliza datos de más de 50 mercados en los que opera AB InBEV y aplica algoritmos basados en riesgo para identificar de forma proactiva riesgos de corrupción. En un principio se desarrolló para identificar riesgos de corrupción en el proceso de diligencia debida relativo a la compra de SABMiller en 2015.

La herramienta combina los datos de los sistemas de contabilidad con los sistemas básicos de cumplimiento en un único modelo de datos. Los algoritmos identifican y mapean diversos riesgos de ética, cumplimiento, fraude y despilfarro. Según Matt Galvin, vicepresidente global de ética y cumplimiento, el sistema aumenta transparencia en los riesgos de cumplimiento y los beneficios de la función de cumplimiento, añadiendo valor a las empresas. Si hay que elegir entre contratar a un científico de datos o a un abogado de cumplimiento para dirigir un programa de cumplimiento, hoy día elegiría el científico de datos.

Para permitir el uso de la aplicación de BrewRIGHT a mayor escala, AB InBev junto a Microsoft, pretenden crear el primer consorcio de análisis de datos anticorrupción, basado en la plataforma BrewRIGHT. El plan es mejorar la detección de la corrupción y la protección frente a esta, al tiempo que se garantiza el anonimato de los datos subyacentes de la empresa.

Fuentes: <https://www.ab-inbev.com/news-media/innovation/how-brewright-is-rooting-out-corruption-at-ab-inbev-and-beyond/>; <https://www.businessinsider.fr/us/ab-inbev-brewing-artificial-intelligence-to-spot-fraud/>; <https://www.lexology.com/pro/original/ab-inbev-using-ai-combat-corruption>.

Parece que las autoridades de competencia podrían adoptar un enfoque más proactivo respecto a los esfuerzos de monitoreo y control corporativos, y promoverlos o exigirlos en sus aplicaciones de la ley en materia de cumplimiento y de otro tipo. Las ventajas de una búsqueda activa e interna por parte de la empresa de señales sospechosas en materia de cumplimiento son dobles: la primera es que permite la detección temprana y la denuncia de prácticas perjudiciales a las autoridades de la competencia, y la segunda es un efecto disuasorio para los empleados que saben que será más difícil esconder un comportamiento ilegal. Por estos motivos, la falta de aplicación de estas herramientas, concretamente en actividades de alto riesgo como la licitación, podría implicar una eficacia insuficiente de un programa de cumplimiento. Este elemento será cada vez más importante con la continua digitalización de los procesos corporativos y los mercados.

5.5. Cumplimiento de terceros

Las directrices de cumplimiento de las autoridades de competencia no suelen incluir disposiciones sobre el cumplimiento de terceros. El cumplimiento de terceros está relacionado con cualquier esfuerzo de la empresa por promover un comportamiento conforme en sus socios comerciales, por ejemplo: subcontratistas, proveedores, socios de empresas conjuntas o asesores. Es un principio bien establecido en el ámbito de la lucha contra la corrupción (Recuadro 5.7), en particular debido a los riesgos de responsabilidad por los actos de corrupción cometidos por los socios comerciales.¹¹² Las Directrices de la división penal del DOJ de los EE. UU. sobre la evaluación de los programas de cumplimiento corporativo (U.S. Department of Justice, 2020, p. 7⁽⁷³⁾)¹¹³ tratan este punto. Aunque principalmente se diseñaron para tratar los problemas de corrupción, los pasos y las medidas sugeridas, como las evaluaciones de riesgo, la formación, las auditorías y señales de alarma sobre los riesgos de cumplimiento de terceros también podrían resultar útiles en el contexto de la competencia.

Recuadro 5.7. Guía de la OCDE sobre el cumplimiento de terceros

De la Guía de la OCDE de Buenas Prácticas sobre controles internos, ética y cumplimiento:

Las empresas deben considerar, *entre otras cosas*, las siguientes buenas prácticas para garantizar la eficacia de los controles internos, la ética y los programas o medidas de cumplimiento con el fin de prevenir y detectar la corrupción en el extranjero: programas o medidas de ética y cumplimiento diseñados para prevenir y detectar la corrupción en el extranjero aplicables, cuando proceda, y con sujeción a los acuerdos contractuales, a *terceros* como agentes y otros intermediarios, asesores, representantes, distribuidores, contratistas y proveedores, consorcios y socios de empresas conjuntas (en adelante «socios comerciales»), incluidos, entre otros, los siguientes elementos esenciales: diligencia debida basada en el riesgo debidamente documentada en relación con la contratación, así como la adecuada y periódica supervisión de los socios comerciales; informar a los socios comerciales del compromiso de la empresa con el respeto de las leyes sobre las prohibiciones de corrupción en el extranjero, y del programa de ética y cumplimiento de la empresa o de las medidas para prevenir o detectar esta corrupción; y buscar un compromiso recíproco de los socios comerciales.

La mayoría de los encuestados de un reciente estudio de la OCDE (OECD, 2020, p. 42^[27]) llevarían a cabo regularmente la diligencia debida precontractual, incluirían el lenguaje de lucha contra la corrupción en los contratos, informarían a sus socios del deber de respetar la legislación en materia de lucha contra la corrupción y tendrían un mecanismo confidencial de denuncia de irregularidades. Otras medidas adoptadas son: auditorías, formaciones en materia de lucha contra la corrupción o la exigencia de un certificado de cumplimiento.

Fuente: (OECD, 2010^[74]).

Las Directrices de cumplimiento integral del Banco Mundial (World Bank Group, n.d.^[75]), que ofrecen unas orientaciones prácticas a las entidades inhabilitadas por el sistema de sanciones del Banco Mundial, dedican una parte completa a la diligencia debida de los socios comerciales. Abarcan conductas indebidas de todo tipo, incluidas las prácticas colusorias. Se solicita a las empresas que pretendan aplicar un sistema de cumplimiento que animen a sus socios comerciales a prevenir, detectar, investigar y remediar las conductas indebidas. Un ejemplo destacado de una iniciativa de cumplimiento de gran alcance impuesta a una empresa por delitos de corrupción es la iniciativa de Acción Colectiva de Siemens¹¹⁴. En 2009, el Banco Mundial llegó a un acuerdo con Siemens por la corrupción de una filial de Siemens en un proyecto financiado por el Banco Mundial en Rusia. Siemens se había comprometido a pagar 100 millones de dólares durante 15 años para apoyar la labor de la lucha contra la corrupción¹¹⁵. Actualmente, la iniciativa se encuentra en su última ronda de financiación (recta final), y los proyectos previstos incluyen componentes de competencia.

Entre las empresas que ya han puesto voluntariamente en práctica tales medidas de cumplimiento con el derecho de la competencia de terceros, están, por ejemplo: Deutsche Bahn¹¹⁶, Valeo¹¹⁷, Roche¹¹⁸, Siemens¹¹⁹, Oracle¹²⁰, o LafargeHolcim¹²¹, por nombrar solo algunas. Tienen un alcance y rango diferente, y van desde la información o la formación hasta las obligaciones contractuales y los derechos de auditoría.

Las autoridades de competencia, cuando imponen obligaciones en materia de política de cumplimiento a las empresas, podrían considerar la posibilidad de incluir obligaciones para promover el cumplimiento con el derecho de la competencia por parte de socios comerciales. En función del tamaño de la empresa, las obligaciones pueden variar entre información simple a formación profunda o auditoría. Esto podría ayudar a difundir el conocimiento de las obligaciones en materia de lucha contra la corrupción y las empresas podrían tener formas mejores y más creíbles de comunicarlos a otras empresas distintas a las autoridades de competencia. El aprendizaje y la presión de los compañeros pueden tener un gran impacto.

Otro elemento de las obligaciones de cumplimiento de terceros, que puede aplicarse al evaluar la eficacia de los programas existentes, así como en el diseño de futuros compromisos de cumplimiento, es la diligencia debida en las fusiones¹²². Las fusiones plantean un reto especial para cualquier régimen y cultura de cumplimiento corporativo existente, ya que hay que evaluar y alinear la cultura de otra empresa o la falta de ella, y hay que identificar y abordar los riesgos de cumplimiento existentes y las infracciones legales presentes o futuras. Estas evaluaciones suponen una oportunidad única de revisar sistemáticamente los procesos y documentos corporativos con una mirada fresca y externa, así como aplicar adecuados monitoreos en materia de lucha contra la corrupción. En el pasado los cárteles se han descubierto y denunciado ante las autoridades de competencia a través de procesos de diligencia debida en fusiones. Las autoridades de competencia podrían considerar la posibilidad de solicitar a las empresas que incluyan disposiciones sobre diligencia debida en fusiones dirigidas a las infracciones de la normativa antitrust como parte de sus políticas de cumplimiento en materia de competencia. Estos requisitos deberían incluir el compromiso de denunciar cualquier sospecha a las autoridades de la competencia pertinentes (ver sección 5.1), y el hecho de no hacerlo indicaría que la política de cumplimiento no es eficaz.

6. Conclusiones

El cumplimiento con el derecho de la competencia es un tema con múltiples capas y facetas. Al igual que ocurre con el diseño de los programas de cumplimiento corporativo, no existe un enfoque único para el cumplimiento en la aplicación y defensa de la ley por parte de las autoridades de competencia. Los enfoques tienen que ajustarse a la madurez de la jurisdicción y a su cultura de la competencia, a la estructura de la industria de un país, y a los instrumentos de aplicación y defensa de la ley de los que disponga una autoridad de competencia, así como a sus recursos.

Un debate sobre el cumplimiento con las autoridades de la competencia que se centre únicamente en que los programas de cumplimiento tengan un efecto atenuante de las sanciones no tiene sentido y corre el riesgo de ser demasiado limitado o incluso perjudicial para la aplicación de la ley. En general cuando el cumplimiento con el derecho de la competencia se ha convertido en parte de una cultura de la empresa y se vive y respira por todos los integrantes de la misma, desde la alta dirección hasta el personal de nivel inferior, los beneficios se extenderán mucho más allá de una reducción bastante menor de la multa o cualquier otra pequeña ventaja en caso de infracción y acusación.

Con el fin de garantizar que utilizan sus escasos recursos de forma inteligente y eficaz, las autoridades de competencia podrían querer adoptar los propios consejos que dan a las empresas: adoptar un enfoque basado en el riesgo, controlar regularmente el impacto y la eficacia, reevaluar políticas en vista de las observaciones realizadas y en respuesta a los avances y desafíos previsibles para el cumplimiento con el derecho de la competencia.

Al hacer eso, las autoridades de competencia deberían ser exigentes para garantizar que promueven o recompensan únicamente los verdaderos programas de cumplimiento eficaz. Los elementos que deben tenerse en cuenta, ya que probablemente sean indicativos del compromiso de la empresa con el cumplimiento, son:

- Requisitos relativos a la detección interna y la posterior denuncia externa de las infracciones en materia de competencia.
- Centrarse en la implicación de la dirección en las infracciones
- La alineación de las estructuras de cumplimiento y remuneración, así como los incentivos
- Auditoría interna eficaz y basada en el riesgo y supervisión de los procesos corporativos, incluido el uso de herramientas de monitoreo digital, y un requisito de «cumplimiento por diseño» para la IA.
- Responsabilidad de cumplimiento extendida a terceros.

Al determinar su enfoque, cualquier autoridad de competencia tendrá que hacer un balance entre la inversión de recursos en la acción ejecutiva o preventiva, y el resultado del cálculo depende de la eficacia de cualquiera de las dos medidas para la disuasión o la prevención de futuras conductas indebidas o su detección temprana y terminación. En última instancia, la toma de decisiones de la autoridad de competencia adolece de una falta de conocimientos empíricos sobre las relaciones causales entre la aplicación de la ley, las sanciones, las iniciativas de cumplimiento y la disuasión y prevención de las infracciones del derecho de la competencia. Una mayor investigación y una evaluación a posteriori de las iniciativas de cumplimiento podrían servir de base para el debate.

Un problema del agente-principal al que se enfrentan las propias autoridades de competencia de cara a un mayor y mejor compromiso con el cumplimiento podría ser otro obstáculo relacionado. El éxito de la labor de una autoridad de competencia suele medirse en términos de la aplicación de la ley: el número de casos que ha detectado o concluido con éxito y el nivel de multas que ha impuesto. La defensa, incluida la divulgación relacionada con el cumplimiento, no tiene un efecto directo medible en estas cifras, lo que podría llevar a la falta de optimización de los esfuerzos de cumplimiento de las autoridades de competencia.

No obstante, las autoridades de competencia han demostrado una mayor concienciación y compromiso con la prevención de las infracciones de la ley de competencia, y el diseño y apoyo de políticas y programas de cumplimiento corporativo, y es probable que lo hagan en el futuro. Para mejorar la eficacia de estos esfuerzos, pueden buscar algunas opciones más factibles, como las identificadas en este documento, e idealmente compartir sus conocimientos y resultados con otras autoridades de competencia.

Anexo A. Directrices de la autoridad de competencia

Muchas jurisdicciones han publicado directrices sobre el cumplimiento con el derecho de la competencia en los últimos 10 años, que pueden servir como un valioso recurso para las empresas y sus abogados en las jurisdicciones respectivas. La lista muestra los documentos de orientación publicados en orden cronológico. No se trata de una lista completa de directrices sobre cumplimiento de las autoridades de competencia solo hace referencia a las directrices de la autoridad de competencia que se consultaron para este documento.

- 2012 Chile «Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia» (Fiscalía Nacional Económica, 2012^[23])
- 2012 Japón “Survey on Corporate Compliance Efforts with the Antimonopoly Act (Summary)” («Encuesta sobre los esfuerzos de cumplimiento corporativo de la Ley Antimonopolio (Resumen)» (JFTC, 2012^[76])¹²³
- 2013 Comisión Europea «La importancia de cumplir» (European Commission, 2013^[4])
- 2013 Malasia “Competition Act 2010 Compliance Guidelines” («Directrices de cumplimiento de Ley de Competencia 2010») (MyCC, 2013^[77])
- 2015 Canadá “Corporate Compliance Programs” («Programas de cumplimiento corporativo») (Competition Bureau Canada, 2015^[2])
- 2016 Austria “Kartellrecht und Compliance” (Bundeswettbewerbsbehörde; Wirtschaftskammer Österreich, 2016^[78])
- 2016 Bélgica “Les règles de concurrence” (Belgian Competition Authority, 2016^[15])
- 2016 “Antitrust Guidance for Human Resource Professionals” («Directrices Antitrust para profesionales de los recursos humanos») (US Department of Justice; US Federal Trade Commission, 2016^[79])
- 2016 Brasil “Guideline Competition Compliance Programmes” («Directrices de los programas de cumplimiento de la competencia») (CADE, 2016^[20])
- 2016 Korea “Rules on Operation of Fair Trade Compliance Programs, Offering of Incentives” («Normas de funcionamiento de los programas de cumplimiento del comercio justo, oferta de incentivos») (KFTC, 2016^[80])
- 2017 India “Compliance Manual for Enterprises” («Manual de cumplimiento para empresas») (CCI, 2017^[81])
- 2017 Rumanía “Guidance on Compliance With Competition Rules” («Directrices sobre el cumplimiento de las normas de competencia») (Romanian Competition Council, 2017^[21])
- 2018 ASEAN «Herramientas de cumplimiento con el derecho de la competencia para las empresas de la ASEAN» (ASEAN Secretariat, 2018^[18])
- 2018 Italia “Guidelines on Antitrust Compliance” («Directrices de cumplimiento antitrust») (AGCM, 2018^[82])

- 2019 Romania Guidelines for trade associations («Directrices de Rumanía para asociaciones comerciales») (Romanian Competition Council, 2019_[12])
- 2019 México «Recomendaciones para cumplir con la Ley Federal de Competencia Económica» (COFECE, 2019_[83])
- 2019 Departamento de Justicia de EE.UU. “Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations” («Evaluación de los programas de cumplimiento en investigaciones penales antitrust») (U.S. Department of Justice, 2019_[3])
- 2020 Reino Unido “Competition law risk: a short guide” («Riesgo del derecho de la competencia: una breve guía») (UK CMA, 2020_[84])
- 2020 España «Guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia» (CNMC, 2020_[22])
- 2020 Rusia “Methodical recommendations on the establishment and organization of the Federal Executive Authorities’ internal compliance system of the Antimonopoly law” («Recomendaciones metódicas sobre el establecimiento y la organización del sistema de cumplimiento interno de la ley Antimonopolio por parte de las autoridades ejecutivas federales») ¹²⁴
- 2020 China “Antitrust Compliance Guidelines for Operators” («Directrices de cumplimiento de la normativa antitrust por los operadores») (SAMR, 2020_[85])
- 2020 Perú «Guía de programa de cumplimiento de las normas de libre competencia» (Indecopi, 2020_[9])
- 2020 Francia “Better understanding competition rules Guide for SMEs” («Comprender mejor las normas de competencia, Guía para PYMES») (Autorité de la Concurrence, 2020_[14])
- 2020 Hong Kong “Leniency Policy for Undertakings Engaged in Cartel Conduct” («Política de clemencia para las empresas implicadas en conductas de cártel») (Hong Kong Competition Commission, 2020_[86])
- 2021 Francia “Les organismes professionnels” (Autorité de la Concurrence, 2021_[11])

Notas finales

¹ Véase por ejemplo, (Ginsburg and Wright, 2010_[130]), (Hofstetter and Ludescher, 2010_[131]), (Abrantes-Metz and Sokol, 2013, p. 15_[44]), (Geradin, 2013_[100]), y más reciente (Thépot, 2019_[43]), (Heckenberger, 2020_[95]), (Seeliger and Güter, 2020_[133]).

² Ver en particular (Riley and Bloom, 2011_[132]), (Riley, 2019_[42]).

³ (OECD, 2011_[1]) Se refiere a la orientación de tres jurisdicciones: el Reino Unido, Canadá y Australia.

⁴ Véase por ejemplo: Comisión Europea (European Commission, 2013_[4]), Malasia (MyCC, 2013_[77]), Canadá (actualizar) (Competition Bureau Canada, 2015_[2]), Brasil (CADE, 2016_[20]), Corea (KFTC, 2016_[80]), Comité de Competencia de la India (CCI, 2017_[81]), Rumanía (Romanian Competition Council, 2017_[21]), Italia (AGCM, 2018_[82]), México (COFECE, 2019_[83]), EE.UU. (U.S. Department of Justice, 2019_[3]), Chile (Indecopi, 2020_[9]), China (SAMR, 2020_[85]), Perú (Indecopi, 2020_[9]), España (CNMC, 2020_[22]), Reino Unido (actualizar) (UK CMA, 2020_[84]).

⁵ La lista de directrices de las autoridades de competencia no es exhaustiva e incluye solo las directrices a la que se ha tenido acceso para elaborar esta nota informativa.

⁶ Véase <https://www.accc.gov.au/business/industry-associations-professional-services/industry-associations>.

⁷ Véase <https://www.accc.gov.au/business/business-rights-protections/implementing-a-compliance-program>.

⁸ Véase la página web de los premios de cumplimiento de Concurrences, <https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2021-en/agencies-initiatives-en/>.

⁹ Véase <https://competitionandmarkets.blog.gov.uk/>.

¹⁰ Véase por ejemplo <https://www.gov.uk/government/publications/restricting-resale-prices-an-open-letter-to-suppliers-and-retailers-in-the-musical-instruments-sector>; <https://www.gov.uk/government/publications/medical-practitioners-advice-on-competition-law>, <https://www.gov.uk/government/publications/advice-for-company-directors-on-avoiding-cartel-infringements>, <https://www.gov.uk/government/publications/price-fixing-guidance-for-online-sellers>.

¹¹ La intervención de Isabelle de Silva, en el webinar de Concurrences, de 12 de enero de 2021, Fireside Chat (Charla informal), <https://www.concurrences.com/en/conferences/2021-antitrust-compliance-awards-1-why-antitrust-compliance-competition-en>, consultado el 12 de febrero de 2021; ejemplo de mensaje de cumplimiento: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/autorite-de-la-conurrence-hands-out-fine-dammann-freres-tea-imposing-sales-prices>.

¹² Malasia acepta un adecuado programa de cumplimiento como un factor atenuante en el cálculo de multas (MyCC, 2014_[113]). De manera similar, la Comisión de Competencia de la India (CCI, 2017_[81]), véase por ejemplo el asunto Hyundai RPM <http://www.cci.gov.in/search/node/hmil>, y <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/06/26/competition-commission-india-develops-jurisprudence-resale-price-maintenance/>, y <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bf1f53c3-1146-4d72-81b4z-cda4e323f855>, y Singapur - <https://www.cccs.gov.sg/faq/compliance-with-competition-law>. Japón no ofrece una reducción de multas por las medidas de cumplimiento, pero sí las tendrá en cuenta cuando emita órdenes de cese y desistimiento o cuando un tribunal acuerde una multa en vía penal o una pena de cárcel, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dd66f759-ed47-41b8-aec2-e6dc3416a652>.

¹³ Cuando las empresas puedan probar la existencia de un sólido programa de cumplimiento, esto puede llevar a una reducción de multas o a un cálculo favorable de la reducción obtenida en un procedimiento de transacción (CADE, 2016^[20]).

¹⁴ Si existe un programa de cumplimiento sólido y eficaz, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) puede tenerlo en cuenta en relación con la multa al presentar una denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) (Fiscalía Nacional Económica, 2012, p. 20^[23]). En 2019, la FNE emitió directrices sobre los criterios que utilizará para determinar la multa que solicitará al tribunal, incluidos los efectos de un programa de cumplimiento. Incorpora una Sentencia del TLC que aceptó un programa de cumplimiento existente como factor atenuante con la consiguiente reducción de multa del 15%. Los requisitos son un programa preexistente serio, efectivo y aplicable a las personas implicadas en la infracción, incluidas las medidas preventivas específicamente relacionadas con la infracción. La carga de la prueba recae en las partes (Lexology, 2020, pp. 27-28^[25]).

¹⁵ El Indecopi concederá una reducción de la multa de 5 a 10% si se cumplen todos los requisitos de sus directrices (Indecopi, 2020^[9]).

¹⁶ En Alemania, la modificación de la Ley de Competencia alemana de 2021 ahora prevé explícitamente que la Oficina Federal de la Competencia (Bundeskartellamt), al fijar las multas por una infracción considerará como circunstancias relevantes «las precauciones adecuadas y efectivas adoptadas antes de la infracción para prevenir y detectar las infracciones», y «los esfuerzos de las empresas para detectar las infracciones y compensar el daño así como las precauciones adoptadas tras las infracciones para prevenirlas y detectarlas», § 81 d ARC, párrafos 4 y 5, traducción no oficial facilitada por D’KART <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/01/GWB-2021-01-14-engl.pdf>. Hungría comunicó esta política en 2018, https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2018/according_to_the_gvh_s_new_notices_on_fines_signif. Rumanía publicó en 2017 sus Directrices de cumplimiento (Romanian Competition Council, 2017^[21]), lo que permite una reducción de multas de hasta el 10% por la aplicación de un programa de cumplimiento eficaz. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en España explica en su guía de 2020 como evaluará los programas de cumplimiento (CNMC, 2020^[22]). En el caso del Reino Unido según las Directrices sobre sanciones de la CMA (UK CMA, 2018^[19]), las actividades de cumplimiento de una empresa pueden llevar a un descuento de hasta un 10% de las multas si se demuestra que se han tomado las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento.

¹⁷ La Oficina Canadiense de Competencia considerará favorablemente la mayoría de los programas preexistentes eficaces y creíbles a la hora de decidir cómo actuar frente a las empresas y al hacer sus recomendaciones a la Fiscalía de Canadá (Competition Bureau Canada, 2015^[2]), incluido el grado de sanción (esto también forma parte del Programa de Inmunidad y Clemencia, párrafo 138, <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04391.html#sec03-2-3>), y el alcance de las posibles soluciones a buscar. La existencia de un programa también puede influir en la elección de seguir la vía civil o penal, o puede favorecer las soluciones con acuerdo de consentimiento en materia civil y esto no ha cambiado si lo comparamos con la situación de 2011.

¹⁸ Las cifras están casi igualadas en ambas categorías (OECD, 2020, p. 18^[115]), investigación adicional de la Secretaría.

¹⁹ Intervención de Simon Constantine en la mesa redonda pública del Departamento de Justicia (DOJ) sobre cumplimiento penal de la legislación antitrust, de 9 de abril de 2018, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1065446/download>. Casos como el de las «instalaciones aeroportuarias» demuestran cómo se aplica la política, véase [Asunto 50523](#), conducta en el sector del transporte (instalaciones en los aeropuertos). Las pruebas remitidas se refieren a la puesta en marcha de una política actualizada de cumplimiento de la ley de competencia, la aplicación de un procedimiento interno mejorado de aprobación

y las medidas para introducir una formación presencial mejorada sobre la ley de competencia adaptada a las diferentes áreas de negocio en función de los riesgos.

²⁰ Corea ya había adquirido una significativa experiencia con los programas de cumplimiento en 2011 (OCDE, 2011, pp. 121-130[2]), y para incentivar el cumplimiento concedería una reducción de multas para los programas de cumplimiento existentes. Tras constatar que varios programas de cumplimiento se introdujeron principalmente para beneficiarse de las sanciones reducidas, Corea introdujo una evaluación de programa de cumplimiento, realizada por la *Korea Fair Trade Mediation Agency*, una autoridad de competencia financiada por el gobierno y dependiente de la Comisión de Comercio Justo de Corea (KFTC por sus siglas en inglés). Solo estaría disponible una reducción de multas y otras sanciones para programas calificados como «A» o superiores. No obstante, la versión de 2016 de la normativa de cumplimiento (KFTC, 2016[9]), ya no prevé una reducción de multas (esto no parece que haya cambiado con la modificación de la norma de 2019 https://www.kimchang.com/en/insights/detail.kc?sch_section=4&idx=20423).

²¹ La Oficina de Competencia considerará favorablemente la mayoría de los programas preexistentes eficaces y creíbles a la hora de decidir cómo actuar frente a las empresas y al hacer sus recomendaciones a la Fiscalía de Canadá, incluido el grado de sanción y el alcance de las posibles soluciones a buscar. La existencia de un programa también puede influir en la elección de seguir la vía civil o penal, o puede favorecer las soluciones con acuerdo de consentimiento en materia civil. Véanse las declaraciones de John Pecman, entonces comisario de Competencia, en la mesa redonda pública del DOJ sobre el cumplimiento de la legislación penal antitrust, de 9 de abril de 2018, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1065446/download>.

²² En 2019, la FNE chilena emitió directrices sobre los criterios que utilizará para determinar la multa que solicitará al tribunal, incluidos los efectos de un programa de cumplimiento. Esta parte incorpora una Sentencia del TDLC de 2018 que aceptó un programa de cumplimiento existente como factor atenuante con la consiguiente reducción de multa del 15%. Uno de los requisitos es que haya un programa preexistente (Lexology, 2020, pp. 27-28^[25]). No obstante, la Corte Suprema de Chile ha rebatido el planteamiento, argumentando que en el caso específico, la infracción había demostrado que el programa no había funcionado, véase la Decisión de la Corte Suprema de Chile, de 8 de abril de 2020, Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras; y también <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/april-2020/the-chilean-supreme-court-upholds-a-landmark-decision-by-the-competition>; consultado el 22 de febrero de 2021.

²³ El Indecopi concederá una reducción de la multa de 5 a 10% para los programas existentes, si se reúnen todos los requisitos de las directrices. Esto requiere que la alta dirección no haya estado involucrada y que la infracción se haya denunciado al Indecopi (Indecopi, 2020^[9]).

²⁴ Discurso de Artem Molchanov, Servicio Federal Antimonopolio de Rusia (FAS por sus siglas en inglés), <http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=55000>; <https://ceelegalmatters.com/briefings/14967-russia-a-step-on-the-road-to-improved-antitrust-compliance>.

²⁵ La modificación de la ley de competencia alemana de 2021 prevé explícitamente que la Oficina Federal de la Competencia (Bundeskartellamt), al fijar las multas por una infracción considerará como circunstancias relevantes «las precauciones adecuadas y efectivas adoptadas antes de la infracción para prevenir y detectar las infracciones», y «los esfuerzos de las empresas para detectar las infracciones y compensar el daño así como las precauciones adoptadas tras las infracciones para prevenirlas y detectarlas», § 81 d ARC, párrafos 4 y 5, traducción no oficial facilitada por D’KART <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/01/GWB-2021-01-14-engl.pdf>.

²⁶ Véase (AGCM, 2018^[82]).

²⁷ Véase (CNMC, 2020, p. 6_[22]); Respecto a Canadá – desde 2018, véanse las declaraciones de John Pecman, entonces comisario de Competencia, en la mesa redonda pública del DOJ sobre el cumplimiento de la legislación penal antitrust, de 9 de abril de 2018, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1065446/download>; en cuanto a EE.UU., en relación con el reconocimiento de un programa de cumplimiento «preexistente» de la legislación antitrust de un acusado en virtud de la disposición de reducción de tres puntos de las directrices, véase el discurso de Makan Delrahim, “Wind of Change: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs” («Vientos de cambio: un nuevo modelo para incentivar los programas de cumplimiento con la legislación antitrust»), 11 de julio de 2019, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>.

²⁸ Presentación de Alessandra Tonazzi, AGCM, en el webinar del Grupo de Trabajo sobre Cáteles de la Red Internacional de Competencia (RIC) “Compliance in Cartel Cases II” («Cumplimiento en casos de Cátel II»), 7 de abril de 2021, véase también (Rustichelli, 2021_[110]).

²⁹ Italia se compromete a reducciones máximas, del 15% en caso de programa preexistente eficaz que haya conducido a la detección y denuncia de la infracción a la AGCM antes del inicio de los procedimientos, del 10% en caso de programas que no sean manifiestamente inadecuados, aunque no hayan conducido a la detección y denuncia; y del 5% tanto para programas recién introducidos como para los manifiestamente inadecuados que se revisen tras la intervención de la AGCM. Se presumirá una falta de adecuación manifiesta cuando el programa no fue aplicado o cuando la alta dirección hubiera estado involucrada en la infracción. En circunstancias excepcionales, también puede considerarse como una circunstancia agravante cuando un programa de cumplimiento se utilizó para facilitar u ocultar una infracción, (AGCM, 2018_[82]).

³⁰ <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?q=b092ec53-9966-469c-b584-8a63b004c1aa>.

³¹ Por ejemplo, Comité de Competencia de Malasia (MyCC, 2013_[77]), Perú (Indecopi, 2020_[9]), Italia (AGCM, 2018_[82]).

³² Véase discurso de Makan Delrahim, “Wind of Change: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs” («Vientos de cambio: un nuevo modelo para incentivar los programas de cumplimiento con la legislación antitrust»), 11 de julio de 2019, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>.

³³ Por ejemplo, el manual de cumplimiento del Comité de Competencia de la India (CCI) de 2017 (CCI, 2017_[6]), que se emitió con el propósito de reforzar una cultura de cumplimiento con el derecho de la competencia: «Al tratarse de una nueva ley, los accionistas tienen que inspirarse para inculcar una cultura de competencia en sus empresas y garantizar que llegue a todos los niveles en las respectivas organizaciones» (CCI, 2017, p. 5_[6]). También las Directrices de la ASEAN (ASEAN Secretariat, 2018_[18]).

³⁴ En la política previa, véase Oficina Canadiense de Competencia, Programas de Cumplimiento Corporativo 2010, <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03280.html>.

³⁵ Véanse las declaraciones de John Pecman, entonces comisario de Competencia, en la mesa redonda pública del DOJ sobre el cumplimiento de la legislación penal antitrust, de 9 de abril de 2018, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1065446/download>.

³⁶ Véase <https://globalcompetitionreview.com/russia-set-credit-compliance-programmes>, cita de Igor Artemiev.

³⁷ Los Tribunales Europeos apoyan la política (por ejemplo, asuntos acumulados T-101/05 y T-111/05, BASF y UCB, párrafo 52, y asunto T-138/07, Schindler Holding, párrafo 282, confirmado en el asunto C-501/11 P) y fue reiterada recientemente por el Director General de la Competencia de la CE: recompensar los programas de cumplimiento equivaldría a recompensar los programas fallidos, establecer incentivos erróneos concretamente para los programas que existen solo en papel, discriminar y penalizar en particular a las PYMES. Además no hay programas de cumplimiento con «una solución única para todos»

que puedan remediar cada problema de competencia, véase la intervención de Olivier Guersent, Webinar Concurrences, 12 de enero de 2021, *Fireside Chat* («Charla informal»), <https://www.concurrences.com/en/conferences/2021-antitrust-compliance-awards-1-why-antitrust-compliance-competition-en>; consultada el 12 de febrero de 2021.

³⁸ En 2012, Francia ha aprobado una política que permitirá una reducción de hasta el 10% por el compromiso de introducir o mejorar significativamente un programa existente en el marco de un procedimiento de transacción, además de la reducción del 10% de la transacción. Se trata de reconocer que los programas de cumplimiento son herramientas de prevención y reducción. Véase el comunicado de prensa de la *Autorité de la Concurrence*, de 10 de febrero de 2012: Programas de cumplimiento corporativo y acuerdos antitrust; <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/10-february-2012-corporate-compliance-programmes-and-antitrust-settlements>; consultada el 17 de febrero de 2021.

³⁹ [Décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017](#), párrafo 464.

⁴⁰ <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41255395.pdf>.

⁴¹ El CADE espera que los programas se ajusten a sus directrices, y prevé la elaboración de los informes anuales de seguimiento. Véase por ejemplo [Procedimiento de transacción n° 08700.004341/2016-44](#), y [Procedimiento de transacción n° 08700.007776/2016-41](#).

⁴² Véanse los apartados 2.15.f y 4.1.e de La Política de Clemencia del Comité de Competencia (Hong Kong Competition Commission, 2020^[86]).

⁴³ <https://www.accc.gov.au/business/business-rights-protections/implementing-a-compliance-program>.

⁴⁴ El Comité de Competencia de Filipinas (PCC) puede incluir la introducción o mejora de los programas de cumplimiento en los compromisos sobre los procedimientos de abuso de posición dominante, véase PCC [Case No. E-2019-001](#).

⁴⁵ El Tribunal de Competencia de Chile (TDLC) impone la adopción o la mejora de los programas de cumplimiento como medidas sancionadoras, y requiere típicamente que se ajusten a las Directrices de la FNE de 2012, que se designe un comité de competencia, que se nombre a un responsable de cumplimiento a tiempo completo, que se organicen formaciones sobre cumplimiento para la alta dirección y otro personal, según corresponda, y que se celebren auditorías frecuentes, incluidas llamadas y correos electrónicos (Latin Lawyer, 2020, p. 227[8]). Perú suele exigir a las partes que han cometido una infracción que introduzcan o mejoren un programa de cumplimiento (Indecopi, 2020, pp. 39-41[14]).

⁴⁶ Por ejemplo, asunto M/S Crown Theatres frente a Kerala Film Exhibitors Federation, asunto n.º 16/2014; <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b53d736c-a118-43c0-839d-3a0164da3066>.

⁴⁷ Véase <https://www.agcm.it/competenze/rating-di-legalita/> y <https://globalcompetitionreview.com/italy-begins-assessing-compliance-rating-scheme>.

⁴⁸ La versión de 2016 de las normas de cumplimiento (KFTC, 2016[9]) ya no prevé la reducción de multas.

⁴⁹ Véase https://www.kimchang.com/en/insights/detail.kc?sch_section=4&idx=20423 y <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=daa26d44-2ab0-4d01-a6c3-081cc5fe34f6>.

⁵⁰ Existen algunas prácticas de ejecución y jurisprudencia sobre la aplicación de las disposiciones de autolimpieza por parte de los poderes adjudicadores, véase (Dentons, 2021^[137]).

⁵¹ Ley Federal N.º. 33-FZ de 1 de marzo de 2020, «On Introducing Amendments to the Federal Law on Protection of Competition, («Sobre la introducción de enmiendas a la Ley Federal de Protección de la Competencia») <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15353>.

⁵² Por ejemplo, AB InBev obtuvo esta confirmación <http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=54979>.

⁵³ Canadá creó una unidad de cumplimiento dedicada a verificar la credibilidad y efectividad de los programas de cumplimiento de empresas que solicitan un reconocimiento (Oficina Canadiense de Competencia, 2015, p. 12[5]).

⁵⁴ El DOJ creó en 2020 la Oficina de Cumplimiento y Aplicación de Decretos que asesorará a la División Antitrust cuando las partes busquen el reconocimiento de sus programas de cumplimiento en la fase de imputación, <https://www.justice.gov/opa/pr/assistant-attorney-general-makan-delrahim-announces-re-organization-antitrust-divisions-civil>; consultado el 12 de febrero de 2021.

⁵⁵ La FNE chilena introdujo en 2019 una nueva unidad de cumplimiento y aplicación de la ley, que además de ocuparse del cumplimiento general de las decisiones ejecutivas, supervisará las obligaciones de cumplimiento impuestas a las empresas como parte de la sanción, Véase Chile - Informe anual sobre la evolución de la política de competencia en Chile 2019, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2020)5/en/pdf), p 5.

⁵⁶ Entre las funciones de la nueva unidad Bundeskartellamt alemana para la aplicación del Registro de la Competencia, estará la de examinar los programas de cumplimiento al evaluar las medidas de autolimpieza.

⁵⁷ Definición de (OECD, 2019, p. 17^[134]): «Resoluciones no judiciales, comúnmente conocidas como «transacciones», que se refieren a una amplia gama de mecanismos desarrollados y empleados para resolver asuntos penales sin un procedimiento judicial completo, incluidos casos de corrupción en el extranjero, sobre la base de un acuerdo con una persona física o una empresa y un fiscal u otra autoridad. Los procedimientos no judiciales también pueden estar disponibles y utilizarse en procesos administrativos o civiles».

⁵⁸ Véase el asunto Cr. N.º 16-643 (RJD) (T. 18, U.S.C., §§ 371 y 3551 et-.), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919911/download>.

⁵⁹ Véase <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>.

⁶⁰ (OECD, 2020, p. 13^[97]), se cita a (Shaffer, Nesbitt and Waller, 2015, p. 29^[117]). Más de 20 países han penalizado cárteles entre los años 2000 y 2015. Las jurisdicciones penales incluyen más de la mitad de los Estados miembros de la UE, aunque los Países Bajos, Luxemburgo y Austria (este último salvo en lo relativo a manipulación de licitaciones) han despenalizado el derecho de competencia. Casi la mitad de las jurisdicciones (26) incluidas en la base de datos CompStats puede imponer sanciones penales a las personas físicas. Otras 10 jurisdicciones pueden imponer sanciones penales solo cuando el delito se refiere a la manipulación de licitaciones. Las leyes de Australia, Brasil, Canadá, Grecia, Irlanda, Israel, Japón, México, Sudáfrica y los Estados Unidos, entre otras, prescriben multas sustanciales o cárcel para las personas físicas. (OCDE, 2020, p. 15[4]).

⁶¹ Un estudio reciente de (Chang and Sokol, 2020^[124]) muestra que los esfuerzos de defensa realizados por la autoridad de la competencia, que sin duda han aumentado, pueden tener un efecto mayor en la adopción de programas de cumplimiento que las medidas de aplicación de la ley. El estudio examinó los efectos de la acción de defensa y ejecución de la ley realizado por el Comité de Comercio Justo de Taiwán (TFTC por sus siglas en inglés) en la adopción de los programas de cumplimiento por las empresas taiwanesas. Muestra que las medidas de defensa, tales como las directrices de cumplimiento y divulgación, parecen tener un mayor impacto en la adopción de los programas de cumplimiento que las medidas de aplicación de la ley. Respecto a la aplicación de la ley, las multas más elevadas son más eficaces que otro tipo de acciones judiciales para incentivar los programas de cumplimiento. Los autores recomiendan encarecidamente que las autoridades de competencia otorguen mayor importancia a las medidas de defensa en relación con el cumplimiento.

⁶² Aumento desde 2005 confirmado en el estudio por (Götz, Herold and Paha, 2016, p. 41^[34]).

⁶³ Véase <https://www.gov.uk/government/publications/uk-businesses-understanding-of-competition-law>.

⁶⁴ Al mismo tiempo, un buen número también atribuyó otras funciones reguladoras, o confundió el mandato de la COFECE con el de otros reguladores.

⁶⁵ Participaron 86 grandes empresas en el estudio y los encuestados eran o bien directores (ejecutivos) o directores de división, responsables de cumplimiento o consejeros generales.

⁶⁶ Los datos facilitados provienen de la Base de datos de la OCDE sobre estadísticas de competencia general (OCDE CompStats), que actualmente contiene datos de autoridades de competencia de 56 jurisdicciones, de las que 37 son países de la OCDE (36 países de la OCDE y de la UE), 15 son participantes del Comité de Competencia de la OCDE, y dos son jurisdicciones asociadas al Comité de Competencia de la OCDE. Actualmente la base de datos abarca el periodo 2015-2019.

⁶⁷ Las cifras del CompStats utilizadas abarcan cinco años, 2015-2019, y los métodos de detección no han cambiado significativamente en este periodo. La transición de más jurisdicciones a los métodos de monitoreo digital puede cambiar esto, pero aún no refleja la realidad de la detección.

⁶⁸ La pandemia en 2020/21 contribuirá a la continuación de esta tendencia.

⁶⁹ Dado que las investigaciones sobre cárteles suelen durar un par de años, la disminución observada en la clemencia y registros sorpresa debería mostrar sus efectos en los próximos años.

⁷⁰ Véase PARR, 24 de marzo de 2021, El aumento de las indemnizaciones y los programas de cumplimiento ralentizan las acciones sobre cárteles por parte de la CE – Análisis, <https://app.parr-global.com/intelligence/view/intelcms-qbwbrb>.

⁷¹ *Ibidem.*, que hace referencia a dos ejemplos en los que los altos directivos fueron considerados personalmente responsables de los daños causados por el cártel de sus empresas, Heiploeg y ThyssenKrupp.

⁷² Véase también (Archimbaud, 2020^[128]). La Comisión Europea también confirma una significativa tendencia al alza (European Commission, 2020^[129]).

⁷³ Curiosamente, la encuesta ni siquiera contempla la opción de un mayor cumplimiento como posible respuesta.

⁷⁴ Ley estatal N.º. 7.753/2017, <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>, y Ley de Distrito N.º. 6.112/2018, www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400.

⁷⁵ Para una descripción, véase (Jones and da Silva Pereira Neto, 2020, pp. 3-4^[136]).

⁷⁶ Respecto a Río de Janeiro, el valor del contrato debe ser superior a 1,5 millones de BRL en el caso de obras públicas y servicios de ingeniería y a 650 000 BRL en el caso de los bienes y servicios, con una duración del contrato superior a 180 días. En el caso de Distrito Federal, el valor del contrato debería ser superior a 5 millones de BRL.

⁷⁷ <https://www.agcm.it/competenze/rating-di-legalita/dettaglio?id=268c1269-d85d-4259-bce1-0ffa53414b23&parent=Normativa&parentUrl=/competenze/rating-di-legalita/normativa>.

⁷⁸ Véase <https://globalcompetitionreview.com/italy-begins-assessing-compliance-rating-scheme>.

⁷⁹ <https://www.agcm.it/competenze/rating-di-legalita/dettaglio?id=d3b26190-e8dd-41ad-87e7-e106c69ecd86&parent=Normativa&parentUrl=/competenze/rating-di-legalita/normativa>.

⁸⁰ La ley alemana de 2017 sobre el registro de la competencia en la contratación pública, que ofrece a los organismos de contratación información relevante para la exclusión de los licitadores en los procesos de contratación pública por delitos económicos, incluye las infracciones de competencia como uno de los motivos. La «autoridad de registro evaluará las medidas de autolimpieza adoptadas por la empresa teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias especiales de la infracción penal o conducta indebida», también emitirá directrices sobre la aplicación de la disposición (sección 8 de la [ley alemana sobre el registro de la competencia](#)). La Bundeskartellamt es la autoridad responsable del registro, que se espera que comience a funcionar en 2021. No se han emitido directrices todavía.

⁸¹ Enmienda de 2021 a la Ley de Competencia alemana; § 81 d ARC, párrafos 4 y 5, traducciones no oficiales proporcionadas por D'KART, <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/01/GWB-2021-01-14-engl.pdf>. No queda claro si existe una relación casual entre las medidas de autolimpieza relacionadas con la contratación pública y las nuevas disposiciones sobre multas de la ley de competencia. En la elección del legislador también puede haber influido una sentencia en materia fiscal del Tribunal Federal de Justicia que señala que la gestión eficaz del cumplimiento puede ser un factor relevante a la hora de calcular una multa; BGH, Urt. v. 09.05.2017, asunto 1 StR 265/16, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=78723&pos=0&anz=1>.

⁸² Véase por ejemplo <https://globalcompetitionreview.com/court-rulings-dont-require-immediate-shift-mundt-says>, <https://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2017/09/06/7950/>.

⁸³ El Consejo de Competencia de Rumanía publica en su página web una lista de infractores de cárteles condenados, que incluye información sobre solicitudes de clemencia y transacciones, así como los programas de cumplimiento (Trusculete and Stropsa, 2020^[109]). No obstante, a diferencia de la situación en Alemania, el Consejo de Competencia no interviene en la decisión de la readmisión, que se deja a completa discreción de los organismos de contratación pública.

⁸⁴ Los Estados miembros tienen discrecionalidad en cuanto a la aplicación de las disposiciones de autolimpieza, y esto se refiere a las disposiciones sustantivas y procesales, a la autoridad que decidirá si las medidas de autolimpieza son suficientes, y al reconocimiento de una decisión de autolimpieza adoptada por otro Estado miembro. Los distintos Estados miembros aplicaron esto de diferentes maneras. Sobre la implantación y aplicación en los Estados miembros de la UE, véase (Dentons, 2021^[137]).

⁸⁵ Todo ello disponible en el Compendio de instrumentos jurídicos de la OCDE, véase <http://www.oecd.org/corruption-integrity/explore/oecd-standards/>.

⁸⁶ Todos los países miembros de la OCDE y Argentina, Brasil, Bulgaria, Costa Rica, Perú, Rusia Sudáfrica.

⁸⁷ Véase <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countrymonitoringoftheoecdanti-briberyconvention.htm>.

⁸⁸ Véase en particular, (Thépot, 2015^[96]), (Thépot, 2019^[43]), también (Geradin, 2013^[100]).

⁸⁹ La concesión de inmunidad frente a las sanciones o la reducción de las mismas es una parte esencial del sistema general de incentivos de la lucha contra la corrupción para prevenir y combatir los delitos empresariales (OCDE, 2019, pp. 85-94^[34]). En 12 jurisdicciones, un sistema de cumplimiento puede excluir la responsabilidad, y la carga de la prueba sobre la eficacia o ineficacia del sistema puede recaer tanto en el fiscal como en la empresa. La mayoría de las jurisdicciones considerarán como factores atenuantes la autodenuncia y la cooperación en investigaciones (OCDE, 2019, pp. 90-91^[35]). En los procedimientos de resolución sin juicio por corrupción en el extranjero, 30 de cada 52 sistemas tendrán en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento en el momento del delito como un factor atenuante cuando se determine la pena (OCDE, 2020, p. 18^[32]).

⁹⁰ En la actualidad, todos los firmantes del Convenio Anticorrupción establecieron la responsabilidad corporativa (OCDE, 2019, p. 89[35]) por delitos de corrupción.

⁹¹ (Wils, 2013, pp. 30-31^[7]) se ha referido a esta característica particular y sostiene que distingue los delitos de cártel de otros delitos empresariales y que los programas de clemencia ofrecen mejores incentivos para denunciar y tener buenos programas de cumplimiento que las reducciones de multas.

⁹² Un promedio del 10% de todos los casos de cárteles internacionales fueron apoyados por terceros (OECD, 2020, p. 39^[115]).

⁹³ Las fuentes más importantes de detección interna son la función de auditoría interna (24%), la diligencia debida en fusiones y adquisiciones (7%), las denuncias internas (5%), y la diligencia debida previa a la cotización (4%) (OECD, 2017, p. 20^[46]).

⁹⁴ Véase (OECD, 2019, p. 88^[107]), basada en la información facilitada por los miembros del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Corrupción en el contexto de la supervisión del Grupo de Trabajo del cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Convenio Anticorrupción.

⁹⁵ Base de datos de cárteles internacionales de la OCDE, https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=OECD_HIC, datos disponibles hasta 2018. Se considera que los acuerdos de cártel son internacionales cuando al menos dos de las empresas que participan en la infracción tienen su sede en jurisdicciones diferentes, con independencia de la cobertura geográfica de las actividades del cártel, véase (OECD, 2020, p. 32^[115]). El número de cárteles internacionales se emplea como el comparador más cercano para los casos de corrupción en el extranjero, puesto que implican a partes de dos o más jurisdicciones.

⁹⁶ Las Directrices de EE. UU. se basan en la amplia experiencia de EE. UU. en la evaluación de los programas de cumplimiento corporativo en el ámbito más amplio de la delincuencia empresarial.

⁹⁷ Ver la recomendación y denuncia de la Comisión de economía y energía del Parlamento alemán, Doc 19/25868, 13 de enero de 2021, p 122, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/258/1925868.pdf>.

⁹⁸ Canadá considerará la denuncia como factor cuando tenga en cuenta los acuerdos de consentimiento (Competition Bureau Canada, 2015, p. 8^[2]). En Italia, la reducción máxima de la multa del 15% en los casos que pueden acogerse a la clemencia solo está disponible para empresas que hayan denunciado y solicitado la clemencia tras la detección interna de una infracción (AGCM, 2018, p. 6^[82]). España considera la denuncia y solicitud de clemencia como prueba del compromiso con el cumplimiento, aunque no es un requisito obligatorio ni exclusivo para considerar la reducción de multas (CNMC, 2020, p. 13^[22]). La ACCC prevé la denuncia de faltas de cumplimiento material un como un importante elemento para un programa de cumplimiento eficaz, véanse las plantillas de nivel 3 y 4 para los programas de cumplimiento, <https://www.accc.gov.au/business/business-rights-protections/implementing-a-compliance-program>. Rumanía tendrá en cuenta la denuncia activa cuando evalúe la eficacia de un programa de cumplimiento (Romanian Competition Council, 2017, p. 20^[21]) (El programa es accesible solo en rumano. En la traducción disponible no queda claro si se considera un requisito previo obligatorio para el reconocimiento de un programa de cumplimiento).

⁹⁹ El Reino Unido ha logrado la inhabilitación de un director de empresa en 2020, que no participó directamente en el acuerdo de cártel, pero lo conocía y no tomó ninguna medida para evitarlo o ponerle fin; <https://www.gov.uk/government/news/court-orders-disqualification-of-estate-agent-cartel-director>.

¹⁰⁰ Directrices sobre la imposición de condenas de EE. UU., (U.S.S.G. por sus siglas en inglés) § 8C2.5(f)(3)(A)–(C).

¹⁰¹ Cuando la alta dirección participó en la infracción, los programas de cumplimiento no pueden considerarse como factores atenuantes, véanse la recomendación e informe de la Comisión de economía y energía del Parlamento alemán, Doc 19/25868, 13 de enero de 2021, p 122-123, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/258/1925868.pdf>.

¹⁰² Véase también (Stephan and Nikpay, 2014_[135]).

¹⁰³ Basado en 115 casos sobre corrupción en el extranjero contra empresas concluidos entre enero de 2014 y junio de 2018.

¹⁰⁴ Análisis de la OCDE de 427 casos de corrupción en el extranjero concluidos entre febrero de 1999 y junio de 2014.

¹⁰⁵ Véase <https://www.pwc.com/gx/en/economic-crime-survey/pdf/GlobalEconomicCrimeSurvey2016.pdf>, p. 12.

¹⁰⁶ Véase <https://www.oecd.org/daf/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>.

¹⁰⁷ (Fiscalía Nacional Económica, 2012, p. 17_[23]), (Indecopi, 2020, p. 28_[9]).

¹⁰⁸ Véanse, por ejemplo, [Mesa redonda de 2013 de la OCDE sobre Investigaciones ex officio sobre cárteles y el uso del screening para detectarlos](#); [Taller de 2018 la OCDE sobre el monitoreo de cárteles en la era digital](#); (Abrantes-Metz and Sokol, 2013_[44]); (Schwalbe, 2016, p. 104_[69]), (Johnson and Sokol, 2020_[71]); todo ello con referencias a la literatura básica y a los monitoreos empleados por las autoridades de la competencia.

¹⁰⁹ (Johnson and Sokol, 2020_[71]) también desarrolla un enfoque de monitoreo especialmente apto para los mercados en línea que se centran en evaluaciones y calificaciones además del precio. Los movimientos paralelos de las calificaciones y de los precios pueden indicar colusión, pero el seguimiento en la evolución de las calificaciones en relación con los cambios y las entradas de precios también puede ser indicativo de un comportamiento de castigo en un cártel.

¹¹⁰ Véase por ejemplo (Association of Certified Fraud Examiners, 2019_[123]).

¹¹¹ Fiscal General Adjunto Matthew S. Miner, Discurso en el 6º Instituto anual de ejecución gubernamental (6th Annual Government Enforcement Institute), de 12 de septiembre de 2019, <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-matthew-s-miner-delivers-remarks-6th-annual-government>.

¹¹² Véase (OECD, 2020, p. 42_[27]).

¹¹³ Se trata de una orientación diferente a la del cumplimiento de la normativa sobre la lucha contra la corrupción (U.S. Department of Justice, 2019_[3]), para que los fiscales del DOJ evalúen la eficacia de los programas de cumplimiento de las empresas en un contexto de enjuiciamiento penal más amplio.

¹¹⁴ Véase <https://new.siemens.com/global/en/company/sustainability/compliance/collective-action.html>.

¹¹⁵ Véase <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2009/07/02/siemens-pay-million-fight-fraud-corruption-part-world-bank-group-settlement>.

¹¹⁶ Véase <https://www.deutschebahn.com/en/group/compliance/geschaeftpartner/kartellrecht-1212628>, que exige a los contratistas que apliquen programas de cumplimiento en materia de lucha contra la corrupción, incluido el control por el Deutsche Bahn.

¹¹⁷ Véase <http://courses.compliancetrainingbase.com/?lang=fr> and <https://www.valeo.com/wp-content/uploads/2018/11/valeo-business-partners-code-of-conduct-en.pdf>, que incluye un código de conducta para socios comerciales y recursos de formación sobre la lucha contra la corrupción.

¹¹⁸ Véase https://www.roche.com/dam/jcr:bf934ec3-252c-4120-a129-906900976e1b/de/compliance_training_of_business_partners.pdf

¹¹⁹ Véase https://portal.siemens.com/documents/4362010/5038001/CoC_Brochure_en.pdf/18042728-abc9-033d-c373-ca74fe3e4002.

¹²⁰ <https://www.oracle.com/partners/en/how-to-do-business/opn-agreements-and-policies/019520.pdf>.

¹²¹

https://www.lafargeholcim.com/sites/lafargeholcim.com/files/atoms/files/lafargeholcim_code_of_business_conduct_for_suppliers.pdf.

¹²² Esto también se incluye en las Directrices de la división penal del DOJ (U.S. Department of Justice, 2020, p. 9^[73]).

¹²³ Aunque este documento resume los resultados de una encuesta sobre cumplimiento, también establece las condiciones que la JFTC considera necesarias para la eficacia de los programas de cumplimiento.

¹²⁴ Véase <https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2021-en/agencies-initiatives-en/russian-competition-authority>.

Referencias

- Abrantes-Metz, R. and D. Sokol (2013), “Antitrust Corporate Governance and Compliance”, [44]
Oxford Handbook of International Antitrust Economics,
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2246564 (accessed on
 2 February 2021).
- AGCM (2018), *Guidelines on Antitrust Compliance*, https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf. [82]
- Aghadadashli, H. and P. Legros (2020), *Let’s collude!*, [67]
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3688195.
- Akerlof, G. and R. Kranton (2000), “Economics and identity”, *The quarterly journal of economics*, [56]
 Vol. 115/3, pp. 715--753, https://watermark.silverchair.com/115-3-715.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kkhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAAqowgg_KmBqkqkiG9w0BBwagggKXMIICkwIBADCCAowGCSqGSib3DQEHATAeBglghkgBZQMEA_S4wEQQMcuezi74MHy-4awa8AgEQgIICXQO1wq1uw6N7N8agkgN2LjO_J4A93RqytYEGMKUqOG_iv.
- Andrew M Levine, R. (ed.) (2020), *External Compliance Monitorships*, Law Business Research, [28]
<https://latinlawyer.com/edition/1001489/the-guide-to-corporate-compliance-first-edition>.
- Archimbaud, A. (2020), “European leniency programmes and private enforcement: Dangerous liaisons”, *Concurrences* 3. [128]
- ASEAN Secretariat (2018), *Competition Compliance Toolkit for Businesses in ASEAN*, [18]
<https://asean-competition.org/read-publication-competition-compliance-toolkit-for-businesses-in-asean>.
- Association of Certified Fraud Examiners (2019), *Anti-Fraud Technology Benchmarking Report*, [123]
https://www.acfe.com/uploadedFiles/ACFE_Website/Content/resources/Benchmarking_Technology_Report.pdf?mod=article_inline.
- Autorité de la Concurrence (2021), *Les organismes professionnels*, [11]
<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-publie-une-etude-sur-les-organismes>.
- Autorité de la Concurrence (2020), *Better understanding competition rules Guide for SMEs*, [14]
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-10-20_BROCHURE_EN_0.pdf
 (accessed on 18 March 2021).

- Autorité de la concurrence; Bundeskartellamt (2019), *Algorithms and competition*, [122]
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/2019-11-04_algorithms_and_competition.pdf.
- Autoriteit Consument & Markt (2020), *Oversight of algorithms*, [121]
<https://www.acm.nl/en/publications/study-oversight-algorithmic-applications>.
- Becker, G. (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, Vol. 76/2, pp. 169-217, [101]
<https://www.jstor.org/stable/pdf/1830482.pdf?refreqid=excelsior%3A53fbf6075f949fb644603f8140be957b> (accessed on 7 January 2021).
- Becker, G. (1957), *The Economics of Discrimination*, The University of Chicago Press [57]
 Economics.
- Belgian Competition Authority (2016), *Les règles de concurrence*, https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20160704_conformite_pme.pdf (accessed on 26 March 2021). [15]
- BŁACHUCKI, M. (ed.) (2020), *Elements of an effective compliance programme*, Publishing House of ILS PAS, <http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.4215972>. [95]
- Bundeswettbewerbsbehörde; Wirtschaftskammer Österreich (2016), *KARTELLRECHT UND COMPLIANCE für einen professionellen Umgang mit kartellrechtlichen Regeln auf betrieblicher Ebene*, [78]
https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/News/PDFs_News/Broschu_re_-_Kartellrecht_und_Compliance.pdf (accessed on 18 March 2021).
- CADE (2016), *Guideline Competition Compliance Programmes*, [20]
<http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/compliance-guidelines-final-version.pdf>.
- CCI (2017), *Compliance Manual for Enterprises*, [81]
http://www.cci.gov.in/sites/default/files/manual_compliance/manual_booklet.pdf.
- Chang, H. and D. Sokol (2020), "Advocacy versus Enforcement in Antitrust Compliance Programs by", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 16/1, pp. 36-62, [124]
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3517004 (accessed on 11 March 2021).
- CNMC (2020), *Antitrust Compliance Programme Guidelines*, [22]
https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL_eng.pdf.
- Coen, P. (2020), *Is competition law soluble into managerial behaviour?*, *Concurrences*, pp. 7-11, [91]
<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2020/on-topic/managerial-behaviour-and-competition-law-97086>.
- COFECE (2019), *Recommendations for complying with the Federal Economic Competition Law*, [83]
<https://www.cofece.mx/recommendations-for-complying-with-the-federal-economic-competition-law/>.

- Combe, E. and C. Monnier (2020), "Why Managers Engage in Price Fixing? An Analytical Framework", *World Competition*, Vol. 43/1, pp. 35-60, <http://www.emmanuelcombe.fr/wp-content/uploads/2020/06/article-combe-monnier-2020.pdf> (accessed on 2 February 2021). [49]
- Combe, E. and C. Monnier-Schlumberger (2020), *Cartels et comportement des managers: Détecter, sanctionner et ... prévenir*, *Concurrences*, pp. 2-6, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2020/on-topic/managerial-behaviour-and-competition-law-97086>. [90]
- Combe, E. and C. Monnier-Schlumberger (2019), "Public Opinion on Cartels and Competition Policy in France: Analysis and Implications", *World Competition*, Vol. 42/3, pp. 335-354, https://www.emmanuelcombe.fr/wp-content/uploads/2019/09/WOCO_42_0304.pdf (accessed on 11 March 2021). [29]
- Competition Bureau Canada (2015), *Corporate Compliance Programs*, [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf/\\$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf/$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf). [2]
- Covington; Brussels School of Economics (2020), *Immunity and Leniency Survey 2019/20*, <https://www.covcompetition.com/2020/12/presentation-of-the-results-from-the-covington-brussels-school-of-competition-immunity-and-leniency-survey-2020/>. [39]
- D'Attoma, J., C. Volintiru and S. Steinmo (2017), *Willing to share? Tax compliance and gender in Europe and America*, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053168017707151>. [60]
- Deloitte (2016), *Deloitte New Horizons Compliance 2020 and Beyond*, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/risk/deloitte-uk-compliance-thought-leadership-16.pdf>. [30]
- Deng, A. (2019), *From the Dark Side to the Bright Side: Exploring Algorithmic Antitrust Compliance*, <https://www.nera.com/publications/archive/2019/from-the-dark-side-to-the-bright-side--exploring-algorithmic-ant.html>. [70]
- Dentons (2021), *Guide to Self-Cleaning in European Public Procurement Procedures*, <https://www.dentons.com/en/insights/guides-reports-and-whitepapers/2021/april/13/guide-to-self-cleaning-in-european-public-procurement-procedures>. [137]
- Eftychidou, T. and F. Maiorano (2016), "Once Burned Twice Shy: What Does Economics Say About Repeated Cartel Offences?", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7/9, pp. 622-627, <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpw031> (accessed on 12 March 2021). [127]
- European Commission (2020), *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/report_on_damages_directive_implementation_en.pdf (accessed on 13 March 2021). [129]

- European Commission (2013), *Compliance matters*, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en>. [4]
- Feldman, Y. and O. Lobel (2010), “The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties and Protections for Reporting Illegality”, *Texas Law Review*, Vol. 88, pp. 1151--1212, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1415663>. [61]
- Fiscalia Nacional Economica (2012), *Competition Compliance Programs*, <https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2021-en/agencies-initiatives-en/chilean-fiscalia-nacional-economica>. [23]
- Fonseca, M. et al. (2020), “Cartel Deterrence and Manager Labor Market in US and EU Antitrust Jurisdictions: Theory and Experimental Data”, *Working Papers Economics*, Vol. 2, https://www.feg.porto.ucp.pt/docentes/repec/WP/022020_Fonseca_Goncalves_Pinho_Tabacco_Cartel_Deterrence.pdf. [98]
- Freshfields Bruckhaus Deringer (2018), *Antitrust in Asia*, https://www.freshfields.com/49fad8/globalassets/our-thinking/campaigns/antitrust-in-asia/06304_pg_act_asia-guide_aw_new.pdf. [114]
- Friton, P. (2018), “INTERNATIONAL PROCUREMENT DEVELOPMENTS IN 2018—Part II: Debarment in EU Public Procurement Law—Tentative progress or treading water?”, *Thomson Reuters’ Government Contracts Year In Review 2018 Conference Briefs*, http://publicprocurementinternational.com/wp-content/uploads/2019/03/YIR_session_2pt2_2019_Pascal-Friton.pdf. [112]
- Galasso, V. et al. (2020), *NBER WORKING PAPER SERIES GENDER DIFFERENCES IN COVID-19 RELATED ATTITUDES AND BEHAVIOR: EVIDENCE FROM A PANEL SURVEY IN EIGHT OECD COUNTRIES*, <http://www.nber.org/papers/w27359> (accessed on 6 April 2021). [59]
- Geradin, D. (2013), *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils*, <https://papers.ssrn.com/abstract=2241452> (accessed on 19 January 2021). [100]
- Ginsburg, D. and J. Wright (2010), “ANTITRUST SANCTIONS”, *Competition Policy International*, Vol. 6/2, pp. 3-39, http://ssrn.com/abstract_id=1705701 (accessed on 16 March 2021). [130]
- González, T., M. Schmid and D. Yermack (2017), *Does Price Fixing Benefit Corporate Managers?*, <https://ssrn.com/abstract=2284663>. [52]
- Harrington, J. (2018), “DEVELOPING COMPETITION LAW FOR COLLUSION BY AUTONOMOUS ARTIFICIAL AGENTS†”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 14/3, pp. 331-363, <http://dx.doi.org/10.1093/joclec/nhy016>. [119]
- Harrington, J. and J. Patrick Harker Professor (2018), *Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Artificial Agents 1*. [118]

- Heusse, M. (2020), *Stratégie de compliance en droit de la concurrence: Un exemple bancaire*, Concurrences, pp. 12-18, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2020/on-topic/managerial-behaviour-and-competition-law-97086>. [92]
- Hofstetter, K. and M. Ludescher (2010), “Fines Against Parent Companies in EU Antitrust Law - Setting Incentives for 'Best Practice Compliance' by Karl Hofstetter, Melanie Ludescher :: SSRN”, *World Competition: Law and Economics Review* 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1502769 (accessed on 16 March 2021). [131]
- Hong Kong Competition Commission (2020), *Leniency Policy Leniency Policy for Undertakings Engaged in Cartel Conduct*, https://www.compcomm.hk/en/applications/apply_leniency/files/Leniency_Policy_Undertakings_E.pdf (accessed on 24 March 2021). [86]
- Hong Kong Competition Commission (2015), *How to Comply with the Competition Ordinance*, https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/CC_SME_Compliance_Toolkit_Eng.pdf. [16]
- ICM Unlimited (2018), *Competition law research 2018 - report on behalf of the CMA*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/750149/icm_unlimited_cma_competition_law_research_2018.pdf. [32]
- Indecopi (2020), *Guidelines on Competition Compliance Programs*, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Guidelines+on+Antitrust+Compliance+Programs/>. [9]
- International Chamber of Commerce (2015), *ICC SME Toolkit*, <https://iccwbo.org/publication/icc-sme-toolkit-complying-competition-law-good-business/>. [17]
- International Chamber of Commerce (2013), *ICC Antitrust Compliance Toolkit*, <https://iccwbo.org/publication/icc-antitrust-compliance-toolkit/> (accessed on 2 February 2021). [5]
- International Competition Network (2019), *Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions*, https://ec.europa.eu/competition/cartels/icn/private_enforcement_chapter_en.pdf (accessed on 13 March 2021). [37]
- Irish Competition Authority (2009), *Notice on Activities of Trade Associations and Compliance with Competition Law*, <https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/05/N-09-002-Notice-on-Activities-of-Trade-Associations-and-Compliance-with-Competition-Law.pdf>. [13]
- JFTC (2012), *Survey on Corporate Compliance Efforts with the Antimonopoly Act (Summary)*, https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2012/nov/121128AMA_Compliance.html. [76]
- Johnson, J. and D. Sokol (2020), *Understanding AI Collusion and Compliance*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3413882. [71]
- Jones, A. and C. da Silva Pereira Neto (2020), “Combatting Corruption and Collusion in Public Procurement: Lessons From Operation Car Wash”, *SSRN Electronic Journal*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3712858>. [136]

- KFTC (2016), *RULES ON OPERATION OF FAIR TRADE COMPLIANCE PROGRAMS, OFFERING OF INCENTIVES, ETC.*, [80]
[http://dx.doi.org/file:///C:/Users/Zigelski_S/Downloads/38.%20Rules%20on%20operation%20of%20fair%20trade%20compliance%20programs,%20offering%20of%20incentives,%20etc.\(20160524\).pdf](http://dx.doi.org/file:///C:/Users/Zigelski_S/Downloads/38.%20Rules%20on%20operation%20of%20fair%20trade%20compliance%20programs,%20offering%20of%20incentives,%20etc.(20160524).pdf).
- Klawiter, D. (2019), ““IT DIDN’T WORK”: ANTITRUST COMPLIANCE AND THE ROLE OF THE SENIOR EXECUTIVE”, *Competition Policy International*, [51]
<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/11/CPI-Klawiter.pdf>
 (accessed on 13 March 2021).
- Labarthe, C. and M. Padilla (2019), *REWARDING POSITIVE BEHAVIOR: IMPROVING ANTITRUST COMPLIANCE IN DEVELOPING COUNTRIES*, [103]
<https://www.crowell.com/documents/> (accessed on 2 February 2021).
- Lande, R. and J. Connor (2012), “Cartels As Rational Business Strategy: New Data Demonstrates that Crime Pays”, *SSRN Electronic Journal*, [48]
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1917657>.
- Latin Lawyer (2020), *The Guide to Corporate Compliance*, [105]
<https://latinlawyer.com/edition/1001489/the-guide-to-corporate-compliance-first-edition>
 (accessed on 2 February 2021).
- Le Coq, C. and C. Marvao (2020), *Managerial incentives to repeatedly collude: Frequency, partners and governance rules*, *Concurrences*, pp. 19-25, [93]
<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2020/on-topic/managerial-behaviour-and-competition-law-97086>.
- Levine, A. et al. (eds.) (2020), *Embracing Technology*, Latin Lawyer, [72]
<https://latinlawyer.com/edition/1001489/the-guide-to-corporate-compliance-first-edition>.
- Lexology (2020), *Getting the Deal Through - Competition Compliance*, [25]
<https://www.lexology.com/gtdt/workareas/competition-compliance>.
- McKinsey&Company (2017), *Estudio y análisis de la percepción sobre temas de competencia económica y la labor de la COFECE*, [33]
<https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/01/Estudio-labor-COFECE-17.pdf>.
- Ministry of Economy, Trade and Industry (2010), *Anti-cartel Measures by Japanese Corporations and Trade Associations in Light of Enhanced Global Enforcement of Competition Law*, [10]
<https://www.meti.go.jp/english/report/downloadfiles/201001complaw.pdf>.
- MyCC (2014), *Guidelines on Financial Penalties*, [113]
<https://www.mycc.gov.my/guidelines/guidelines-on-financial-penalties>.
- MyCC (2013), *Competition Act 2010 Compliance Guidelines*, [77]
https://www.mycc.gov.my/sites/default/files/pdf/newsroom/Compliance_Guidelines_MyCC.pdf

- OECD (2021), *Methodologies to Measure Market Competition*, [35]
<https://www.oecd.org/daf/competition/methodologies-to-measure-market-competition.htm>.
- OECD (2021), *OECD Competition Trends 2021 Vol.1*, <http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2021-vol1.pdf>. [36]
- OECD (2020), *Blog: What really motivates companies to adopt anti-corruption compliance measures?*, <https://oecdonthellevel.com/2020/09/18/what-really-motivates-companies-to-adopt-anti-corruption-compliance-measures/>. [87]
- OECD (2020), *Corporate Anti-Corruption Compliance Drivers, Mechanisms, and Ideas for Change*, <https://www.oecd.org/corruption/corporate-anti-corruption-compliance.htm>. [27]
- OECD (2020), *Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies: a focus on custodial sentences*, <http://www.oecd.org/daf/competition/criminalisation-of-cartels-and-bid-rigging-conspiracies.htm>. [97]
- OECD (2020), *Foreign Bribery and the Role of Intermediaries, Managers and Gender*, <https://www.oecd.org/corruption/Foreign-bribery-and-the-role-of-intermediaries-managers-and-gender.pdf>. [54]
- OECD (2020), *OECD Competition Trends 2020*, <http://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf>. [115]
- OECD (2019), *2019 Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/OECD-Anti-Bribery-Convention-Enforcement-Data-2020.pdf>. [47]
- OECD (2019), *Hub and Spoke Arrangements*, <http://www.oecd.org/daf/competition/hub-and-spoke-arrangements.htm>. (accessed on 25 May 2020). [24]
- OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.pdf> (accessed on 16 March 2021). [134]
- OECD (2019), *REVIEW OF THE 1998 OECD RECOMMENDATION CONCERNING EFFECTIVE ACTION AGAINST HARD CORE CARTELS*, <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-review-1998-hard-core-cartels-recommendation.pdf>. [116]
- OECD (2019), *Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/LEGAL/0294] Report by the Secretariat*, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2019\)13&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2019)13&docLanguage=En) (accessed on 24 March 2021). [26]
- OECD (2019), *Strengthening Trust in Business*, https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-business-and-finance-outlook-2019_af784794-en. [107]

- OECD (2018), *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes*, [45]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/en/pdf).
- OECD (2018), *Competition Policy and Gender*, [62]
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)4/en/pdf).
- OECD (2018), *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, [31]
<https://mneguidelines.oecd.org/duediligence/>.
- OECD (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, [120]
<http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>.
- OECD (2017), *The Detection of Foreign Bribery*, <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/The-Detection-of-Foreign-Bribery-ENG.pdf>. [46]
- OECD (2016), *Business Integrity in Eastern Europe and Central Asia*, [88]
<https://www.oecd.org/corruption/acn/Business-Integrity-in-Eastern-Europe-and-Central-Asia-ENG.pdf>.
- OECD (2015), *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, [65]
<https://doi.org/10.1787/9789264236882-en>.
- OECD (2014), *OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>. [55]
- OECD (2011), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing., [6]
<http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>.
- OECD (2011), *Promoting Compliance with Competition Law*, [1]
<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>.
- OECD (2010), *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*, [74]
<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf> (accessed on 25 March 2021).
- OECD (1997), *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, <http://www.oecd.org/corruption-integrity/explore/oecd-standards/anti-bribery-convention/>. [41]
- OECD - Sigma (2018), *Implementing the EU Directives on the selection of economic operators in public procurement procedures*, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/f511e46f-en.pdf?expires=1614159258&id=id&accname=ocid84004878&checksum=992E98DDCE025D3647D528B6EC94CE80>. [111]
- Ormosi, P. and A. Stephan (2020), "The dangers of allowing greater coordination between competitors during the COVID-19 crisis", *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 8/2, pp. 299-301, <https://academic.oup.com/antitrust/article/8/2/299/5855198>. [104]

- Paha, J. (ed.) (2016), *Antitrust Compliance and Abusive Behaviour*, Springer, [69]
<http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-44633-2>.
- Paha, J. (ed.) (2016), *Competition Law Compliance Programmes*, Springer, [99]
<http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-44633-2>.
- Paha, J. (ed.) (2016), *Compliance and Incentive Contracts*, Springer, [66]
http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-44633-2_5.
- Paha, J. (ed.) (2016), *Reducing Antitrust Violations: Do Codes of Conduct and Compliance Training Make a Difference?*, Springer, [126]
http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-44633-2_4.
- Paha, J. (ed.) (2016), *Results of a Survey in Germany, Austria, and Switzerland on How to Prevent Violations of Competition Laws*, Springer, [34]
http://dx.doi.org/DOI_10.1007/978-3-319-44633-2_3.
- Parker, C. and V. Lehmann Nielsen (2011), "THE FELS EFFECT Responsive Regulation and the Impact of Business Opinions of the ACCC", *Faculty of Law, Monash University Research Paper*, Vol. 1, <http://dx.doi.org/chrome-extension://dagcmkpagjlhakfdhnbomgmjdpkdklff/enhanced-reader.html?openApp&pdf=https%3A%2F%2Fposeidon01.ssrn.com%2Fdelivery.php%3FID%3D266082064082027019090023102087004000101015002033002030090083113006071086106067020007029026017010047102021125096002>.
- Pike, C. (2018), *What's gender got to do with competition policy?*, [64]
<https://oecdonthellevel.com/2018/03/02/whats-gender-got-to-do-with-competition-policy/>
 (accessed on 2021).
- Pike, C. and E. Santacreu-Vasut (2019), *Competition Policy and Gender*, [63]
<https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2019/droit-et-economie/competition-policy-and-gender>.
- Reed Smith LLP (2020), *Should compliance programmes enable discounts from fines for anticompetitive activity? A global viewopint.*, [94]
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bf1f53c3-1146-4d72-81b4-cda4e323f855>.
- Riley, A. (2019), "Antitrust Compliance – Reluctance to Embrace and Recognize Corporate Compliance Efforts", *Competition Policy International*, [42]
<https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-compliance-reluctance-to-embrace-and-recognize-corporate-compliance-efforts/> (accessed on 16 March 2021).
- Riley, A. and M. Bloom (2011), *Antitrust Compliance Programmes - Can Companies and Antitrust Agencies do More?*, OECD, [132]
<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>.

- Ritz, C. and H. Weber (2021), *A Game Changer for Germany's Competition Practice: Compliance Defense and Sweeping New Cartel Enforcement Powers in the 10th Amendment to the German Competition Act*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/a-game-changer-for-germanys-competition-practice-compliance-defense-and-sweeping-new-cartel-enforcement-powers-in-the-10th-amendment-to-the-german-competition-act/>. [108]
- Romanian Competition Council (2019), *GHID PRIVIND CONFORMAREA CU REGULILE DE CONCURENȚĂ DE CĂTRE ASOCIAȚIILE DE ÎNTREPRINDERI*, http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/bucket15/id15473/ghid-proiect_final_consultare_publica.pdf (accessed on 18 March 2021). [12]
- Romanian Competition Council (2017), *Guidance on Compliance With Competition Rules*, http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/bucket12/id12280/ghid_privind_conformarea_cu_regulile_de_concurenta.pdf. [21]
- Rustichelli, R. (2021), *Compliance programmes in Italy - November 2020*, <https://compliance.concurrences.com/en/compliance/2021-en/agencies-initiatives-en/italian-competition-authority>. [110]
- SAMR (2020), *Antitrust Compliance Guidelines for Operators*, http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202009/t20200918_321796.html. [85]
- Schuldt, R. and J. Taylor (2018), "Cartel Attributes and Cartel Performance: The Impact of Trade Associations", *Journal of Industrial Economics*, Vol. 66/1, pp. 1-29, <http://dx.doi.org/10.1111/joie.12155>. [102]
- Seeliger, D. and K. Gürer (2020), "Plädoyer für eine weite Compliance-Defence in § 81d GWB-E im Rahmen der 10. GWB-Novelle", *Wirtschaft und Wettbewerb* 12, pp. 634-636, https://pdf.fachmedien.de/ihv/pdf/WUW_2020_12_IHV.pdf. [133]
- Shaffer, G., N. Nesbitt and S. Waller (2015), "Criminalizing Cartels: A Global Trend?", *SSRN Electronic Journal*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2288871>. [117]
- Stephan, A. (2020), *Why managers form cartels and why it is hard to stop them*, pp. 26-32, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2020/on-topic/managerial-behaviour-and-competition-law-97086>. [53]
- Stephan, A. (2017), *An empirical evaluation of the normative justifications for cartel criminalisation*, <http://dx.doi.org/10.1111/lest.12165>. [125]
- Stephan, A. and A. Nikpay (2014), *Leniency Theory and Complex Realities*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2537470 (accessed on 23 March 2021). [135]
- Thépot, F. (2019), *The Interaction Between Competition Law and Corporate Governance*, Cambridge University Press, <http://dx.doi.org/10.1017/9781108505185>. [43]

- Thépot, F. (2015), "Antitrust v. Anti-Corruption Policy Approaches to Compliance: Why Such a Gap?", *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, Vol. 2, [96]
<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=6520871220680260710700831110970100270240440140430360710941110190810920940260040931261230090160610330590960970710910900641171091060270690820631160260081220040141060920250860460820860750700850861181071100711021121>.
- Trusculete, D. and V. Stropsa (2020), *Romania: Public procurement and self-cleaning of cartel members*, [109]
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b669b295-48b5-4097-aa4f-e6be11c2b80f>.
- U.S. Department of Justice (2020), *Evaluation of Corporate Compliance Programmes*, [73]
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.
- U.S. Department of Justice (2019), *Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations*, [3]
<https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>.
- UK CMA (2021), *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, [138]
<https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers>.
- UK CMA (2020), *Competition law risk: a short guide*, [84]
<https://www.gov.uk/government/publications/competition-law-risk-a-short-guide>.
- UK CMA (2018), *CMA's guidance as to the appropriate amount of penalty*, [19]
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/700576/final_guidance_penalties.pdf.
- US Department of Justice; US Federal Trade Commission (2016), *ANTITRUST GUIDANCE FOR HUMAN RESOURCE PROFESSIONALS*, [79]
<https://www.justice.gov/atr/file/903511/download> (accessed on 18 March 2021).
- Viros, D. (2020), *Staff and management's implication in anticompetitive practices: Lifting the corporate veil*, pp. 33-40, [68]
<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2020/on-topic/managerial-behaviour-and-competition-law-97086>.
- Wagner-Von Papp, F. (2016), *Compliance and Individual Sanctions in the Enforcement of Competition Law*, [106]
<https://ssrn.com/abstract=2771289> (accessed on 2 February 2021).
- Ward, D. (2004), "Gender differences in compliance with infection control precautions", *British Journal of Infection Control*, Vol. 5/1, pp. 17-19, [58]
<http://dx.doi.org/10.1177/14690446040050010401>.
- Wells, B. and Ezrachi (eds.) (2011), *Cartel Criminalisation: The Role of the Media in the 'Battle for Hearts and Minds'* | Andreas Stephan - Academia.edu, Hart Publishing, [50]
https://www.academia.edu/9766004/Cartel_Criminalisation_The_Role_of_the_Media_in_the_Battle_for_Hearts_and_Minds (accessed on 13 March 2021).

- Wils, W. (2013), "Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement", *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1/1, pp. 52-81, <http://ssrn.com/author=456087>. [7]
- Wils, W. (2006), "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, Vol. 29/2, https://www.researchgate.net/publication/228250679_Optimal_Antitrust_Fines_Theory_and_Practice (accessed on 26 March 2021). [8]
- World Bank Group (2020), *World Bank Group Sanctions System Annual Report FY20*, <http://documents1.worldbank.org/curated/en/861191602141633639/pdf/World-Bank-Group-Sanctions-System-Annual-Report-FY20.pdf>. [40]
- World Bank Group (n.d.), *Integrity Compliance Guidelines*, <https://wallensteinlawgroup.com/wp-content/uploads/2017/12/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-full.pdf>. [75]
- Ysewyn, J. and S. Kahmann (2018), "The decline and fall of the leniency programme in Europe", *Concurrences* 1, pp. 44-59, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2018/articles/the-decline-and-fall-of-the-lenency-programme-in-europe-86060-en> (accessed on 13 March 2021). [38]

www.oecd.org/competition

