

REVISTA DE

Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales

NÚM. 3 · SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2016

DIRECCIÓN

PABLO CHICO DE LA CÁMARA
GUILLERMO VELASCO FABRA

SECRETARIO

JAVIER GALÁN RUIZ

«Los pactos que no descansan en la espada, no son más que palabras...»

El Brexit y sus posibles repercusiones en nuestro sistema financiero y tributario

La presunción internacional de los cárteles empresariales: entre la clemencia para los delatores y la criminalización de los directivos

La elusión artificiosa del estatuto del establecimiento permanente de «agencia» ¿son suficientes las modificaciones propuestas en la Acción 7 del Plan de acción BEPS?

La regulación del *crowdfunding* en la Unión Europea y España

INCLUYE LA REVISTA EN
SOPORTE ELECTRÓNICO,
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**



THOMSON REUTERS
ARANZADI

La persecución internacional de los cárteles empresariales: entre la clemencia para los delatores y la criminalización de los directivos.

Dr. Fernando Díez Estella

Profesor Titular (acreditado) de Derecho Mercantil

Centro Universitario Villanueva

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Instrumentos en la lucha contra los cárteles. 2.1. Tendencias en el marco de la Unión Europea. 2. 2. Los programas de clemencia. 2.3. Las sanciones económicas a las empresas. 2.4. Las sanciones personales a los directivos. 2.5. Las acciones de daños y perjuicios. 3. La responsabilidad mercantil de los directivos. 4. ¿Criminalización de los acuerdos de fijación de precios? 5. Valoración final y conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: La lucha contra los cárteles empresariales se ha convertido en una prioridad de las autoridades antitrust en todo el mundo. Al globalizarse su dimensión, se multiplica su impacto negativo sobre la competitividad y el mercado. Junto a las herramientas clásicas de disuasión, como las sanciones económicas, se han ido desarrollando y poniendo en marcha en una amplia variedad de países y jurisdicciones otras nuevas, como las sanciones personales a los directivos y los programas de clemencia. En este trabajo se hace un recorrido por las principales jurisdicciones nacionales e internacionales, examinando su enforcement *antitrust*, para concluir debatiendo sobre la posibilidad en el ámbito de la UE -como se hace en EE.UU. o el Reino Unido- de criminalizar las conductas de fijación de precios.

PALABRAS CLAVE: cárteles internacionales; antitrust; sanciones económicas; programas de clemencia; criminalización.

TITLE: The fight against international price-fixing cartels: from leniency to criminalization, through corporate responsibility

ABSTRACT: The fight against international cartels is, undoubtedly, the current priority for antitrust authorities all over the world. Their global dimension increases the negative influence they cause on the market. In addition to the "classical" deterrence tools, such as monetary fines, new ones have been developed, such as leniency programs and personal fines to the directives involved. In this commentary we look around the main jurisdictions worldwide to assess the effectiveness of their antitrust enforcement. We also highlight the debate in the EU about criminalizing anticompetitive agreements, such as this conduct is treated in the United Kingdom or the United States.

KEY WORDS: international cartels; antitrust; economic sanctions; leniency programs; criminalization.

*‘Cartels are cancers on the open market economy
...cause serious harms to our economies
[and] undermine the competitiveness
of the industry involved’(*)*

1. Introducción.

A cualquier lector medianamente informado, la palabra “cártel” sin duda le evocará las organizaciones criminales que dirigen el narcotráfico a escala mundial, y cuya actividad delictiva causa estragos en las personas, las familias y en sociedades enteras que se ven abocadas a una escala imparable de violencia, muerte y destrucción. De forma instintiva nos vienen a la mente lugares como Calí o Medellín, y nombres como Pablo Escobar o –más recientemente- el “chapo” Guzmán.

El tema que va a ser objeto de estudio en estas páginas no tiene nada que ver con ese tipo de cárteles, aunque sus efectos son igualmente nocivos sobre el mercado, la economía y la actividad de las empresas; nos referimos aquí a los cárteles empresariales, los acuerdos secretos entre competidores para fijar precios o repartirse el mercado.

En efecto, es difícil pensar en una práctica empresarial que esté más extendida en la actualidad, y cuyos efectos sobre la competitividad y el libre juego del mercado sea más nociva. Por ello no es de sorprender, en consonancia con su escala y dimensiones mundiales –han sido acertadamente calificados como “el lado oscuro de la globalización”¹- que la persecución internacional de los cárteles sea una de las principales tareas de las autoridades nacionales de competencia y las organizaciones supra nacionales que las agrupan, y que sea ésta la prioridad número uno de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

Por si a alguien todavía le quedaba alguna "duda" sobre su importancia, los siguientes datos² pueden ser suficientemente ilustrativos (todos hasta 2013):

- Entre 2010 y 2013 se han sancionado una media de 70 cárteles por año
- El volumen de ventas cartelizado se estima entre 1.5 y 1.7 trillones de dólares
- Entre 1990 y 2013 más de 34.000 empresas han participado en conductas de fijación de precios a escala internacional
- El 77% de los cárteles se sitúan en la UE y América del Norte
- Entre 1990 y 2013 se ha condenado por participar en un cártel a 863 directivos de empresas
- En dicho período las penas impuestas suman más de 400 años de cárcel
- Las sanciones económicas ascienden a más de 123 billones de dólares

La normativa de defensa de la competencia es un fenómeno jurídico de carácter poliédrico, ya que combina elementos de Derecho Mercantil, Civil, Administrativo y Procesal. En concordancia, su

(*) MONTI, M.: “Fighting Cartels: Why and How?”, *Speech at the 3rd Nordic Competition Policy Conference*, Stockholm, 11-12 September 2000.

¹ CONNOR, John M., “Private International Cartels: A Concise Introduction” (November 12, 2014). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2523883>

² CONNOR, John M.: "The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013" (August 9, 2014). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2478271>

aplicación –el *enforcement*- aúna elementos del procedimiento administrativo sancionador, la jurisdicción civil, y además en muchos países los ilícitos anticompetitivos tienen carácter penal (*criminal offence*).

La herramienta “clásica” y prevalente en la actualidad para luchar contra los cárteles es, sin duda alguna, la sanción pecuniaria a las empresas, las multas económicas, que alcanzan en ocasiones elevadas cuantías. Sin embargo, ante la abrumadora realidad del número y alcance de los cárteles, y su dimensión global, se ha puesto en duda que este tipo de sanciones tengan el suficiente carácter disuasorio, y por ello se han puesto en práctica modelos y normativas que permiten sancionar personalmente a los directivos implicados, o directamente la criminalización de la conducta de fijación de precios, convirtiéndola en un delito.

Así mismo, y ante la dificultad inherente a la detección de un acuerdo que por su propia naturaleza es secreto, el desarrollo legislativo que posiblemente más ha influido en la lucha contra los cárteles, a todos los niveles, es el llamado “programa de clemencia” (*leniency*), consistente en otorgar inmunidad completa al primer miembro de un cártel que acuda a la autoridad de competencia correspondiente a delatar la existencia del acuerdo, aportando además pruebas fehacientes que incriminen a los cartelistas.

En este trabajo se analizarán ambos extremos, que en cierta manera se contradicen: la medida radical de criminalizar los cárteles, frente a la política –no menos extrema- de eximir de toda culpa y sanción al cartelista que confiesa y posibilita la detección y desmantelamiento del cártel. Todo ello, en el contexto de globalización económica y la internacionalización de esta práctica empresarial.

Para ello se seguirá el siguiente esquema; tras este epígrafe introductorio se examinará, en el epígrafe II, el arsenal con el que las autoridades cuentan en la actualidad para la lucha contra los cárteles. Tanto en la fase previa, de detección, como en la de sanción, y de arbitrar los medios para el oportuno resarcimiento patrimonial por el daño económico causado, pasaremos revista a instituciones ya clásicas del *enforcement* antitrust como las sanciones económicas a las empresas y la clemencia; otras de más reciente creación como la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas o las sanciones a los directivos; el marco institucional de cooperación entre autoridades de competencia de la Unión Europea, entre éstas y la propia Comisión Europea, y entre todas y el resto de autoridades internacionales; y, finalmente, el nuevo régimen de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos, cuya finalidad estrictamente no es la disuasoria, sino la resarcitoria, pero que evidentemente tiene un impacto directo sobre la formación y funcionamiento de los cárteles.

A continuación, el epígrafe III centra su análisis en la responsabilidad en que incurren los directivos de una empresa implicada en un cártel, a la luz de las recientes reformas sobre Gobierno Corporativo y las nuevas tendencias en materia de responsabilidad de administradores. El análisis en este apartado será desde la óptica civil y mercantil, para pasar –en el epígrafe siguiente, el IV- al debate sobre la criminalización de los cárteles, dejar de tipificarlos como meros ilícitos administrativos y considerarlos un delito. En pleno auge también de los programas de *compliance* y con las recientes reformas sobre la imputabilidad penal de las personas jurídicas, parece oportuno volver a poner esta cuestión sobre el tapete. Finalmente, en el epígrafe V se ofrece una valoración final y conclusiones.

2. Instrumentos en la lucha contra los cárteles.

Los cárteles empresariales son una suerte de ‘joint-venture’ que dos o más compañías ponen en marcha con el objetivo de fijar precios o repartirse el mercado. Ha de tratarse de empresas jurídicamente independientes, que explícitamente acuerdan coordinar sus precios, condiciones comerciales, descuentos, nivel de producto, etc, con el objetivo de eliminar la competencia³ entre ellas y obtener un mayor beneficio económico.

Este tipo de acuerdos son ilícitos *per se* en la mayor parte de los ordenamientos de todo el mundo (en España están prohibidos por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y en la Unión Europea por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE), y –como veremos más adelante- cada vez en más países se tipifican como delitos (EE.UU., Méjico, o Reino Unido son los ejemplos más claros).

Los cárteles internacionales son aquellos que llevan a cabo empresas que tienen sede en diferentes países, o simplemente que tienen capacidad de fijar precios en varios mercados y trascienden el ámbito doméstico en el que se encuentran. Conseguir recabar la evidencia probatoria necesaria para incriminar a las empresas que llevan a cabo este tipo de prácticas, es todo un reto para las autoridades nacionales de competencia, y exige la cooperación con otros países y la capacidad de operar en varias jurisdicciones, a través de redes –como la ECN, *European Competition Network*- o a través de acuerdos bilaterales –como el existente entre el DOJ (*Department of Justice*) estadounidense y la DG COMP (Dirección General de Competencia) de la Comisión Europea.

Desde mediados de los 90 precisamente estas dos últimas autoridades de competencia han liderado la lucha por la detección y sanción de los cárteles internacionales⁴. Más adelante les seguirían los propios Estados miembros de la UE, Brasil, Sudáfrica, Corea del Sur, y unas 60 jurisdicciones más. Se ha estimado⁵ que hasta finales de 2014 las autoridades de competencia en todo el mundo han impuesto multas a los cárteles internacionales por un importe de más de 100 billones de dólares. El DOJ en EE.UU. ha enviado a cientos de directivos a la cárcel por su participación en cárteles de precios, y se han creado instituciones transnacionales –como la ICN, *International Competition Network*- para la coordinación de esta batalla a nivel global.

De igual modo que los cárteles se globalizan, también lo hacen las autoridades encargadas de perseguirlos, así como la implantación misma de los sistemas antitrust. En muchas ocasiones, la existencia de un régimen sólido de defensa de la competencia es un requisito previo para el establecimiento de acuerdos comerciales bilaterales, la admisión a pactos internacionales o incluso la participación en programas estructurales para países en vías de desarrollo⁶. Así, muchos acuerdos

³ Esta eliminación de la presión competitiva, además del perjuicio que supone para el consumidor, que termina pagando un precio mayor, o se ve privado de la posibilidad de elegir entre distintas ofertas, tiene además efectos perniciosos sobre la propia inversión en innovación y un efecto perverso sobre el tamaño de las empresas y su competitividad, ya que “liberadas” de la presión del libre juego del mercado se instalan en niveles sub-óptimos de escala y eficiencia. *Vid.*, a este respecto, SANTALÓ, J., “¿Qué podemos aprender del cártel de los sobres electorales? Más evidencia acerca de la necesidad de introducir mayores niveles de competencia en la economía española”, en el Blog *Nada es Gratis*, 30 de abril de 2013, disponible en: <http://nadaesgratis.es/santalo/que-podemos-aprender-del-cartel-de-los-sobres-electorales-mas-evidencia-acerca-de-la-necesidad-de-introducir-mayores-niveles-de-competencia-en-la-economia-espanola> (consultada el 23 de septiembre de 2016).

⁴ HARDING, C. y JOSHUA, J. (2010): *Regulating Cartels in Europe (Second Edition)*. Oxford University Press, Oxford, UK.

⁵ CONNOR, J.M. (2014): “The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990–2013”, *SSRN Working Paper*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2478271>

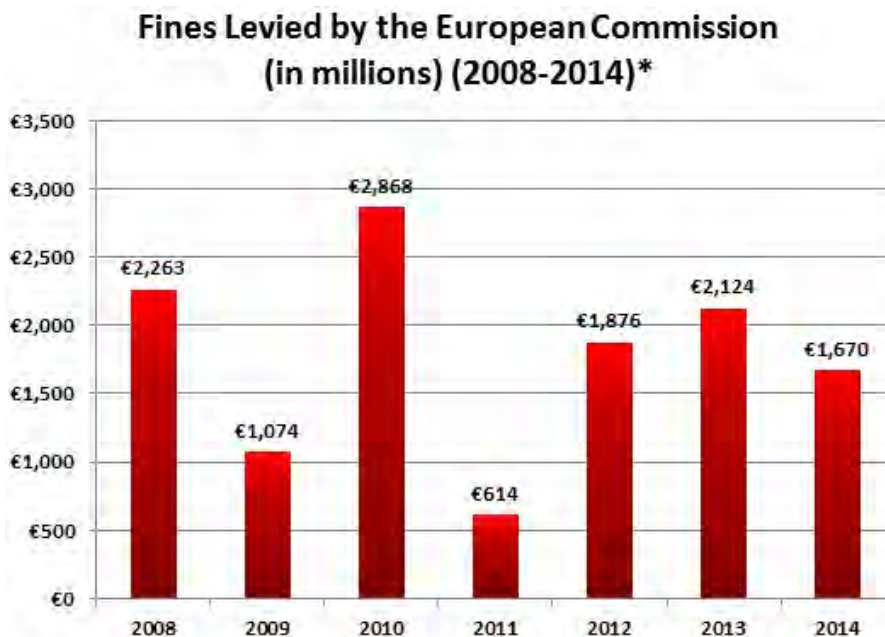
⁶ MARCOS, F. (2006): “Do Developing Countries Need Competition Law and Policy?”. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=930562>

comerciales en la zona Euro-Mediterránea entre la UE y países como Egipto, Jordania, Turquía o Túnez incluyen cláusulas vinculando la cooperación financiera con la implantación de normativa de defensa de la competencia⁷.

Previo al análisis del “instrumental” con el que las autoridades de competencia cuentan, puede ser ilustrativo un breve repaso de cuáles son las últimas tendencias en algunos países de nuestro entorno, y la propia UE (§2.1). A continuación, se señalarán de forma resumida y sintética cuáles son las herramientas clásicas en la detección y sanción de los cárteles: principalmente los programas de clemencia (§2.2) y las multas pecuniarias (§2.3). Seguidamente veremos en un apartado la herramienta de más reciente aparición en escena: las multas personales a los directivos (§2.4). Por último, y aunque no es técnicamente un instrumento de disuasión, por su impacto sobre la formación y desarrollo de los cárteles, se hará una breve referencia a lo que se ha venido en llamar aplicación privada del Derecho de la Competencia (*private enforcement*) en su vertiente del ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos (§2.5).

2.1. Tendencias recientes a escala europea.

Es indudable que la intensidad en la lucha contra los cárteles ha aumentado significativamente en los últimos años a escala europea. Quizá por ser consciente de esta tendencia, y contemplando el aumento en número de casos y cuantía de las multas impuestas por las autoridades nacionales de los Estados miembros, quien ha descendido ligeramente en sus cifras⁸ es la Comisión Europea, quien no es que esté precisamente inactiva, como se muestra en el siguiente gráfico⁹:



⁷ WAKED, D.I. (2010): “Antitrust enforcement in developing countries: reasons for enforcement & non-enforcement using resource-based evidence”. 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1638874>

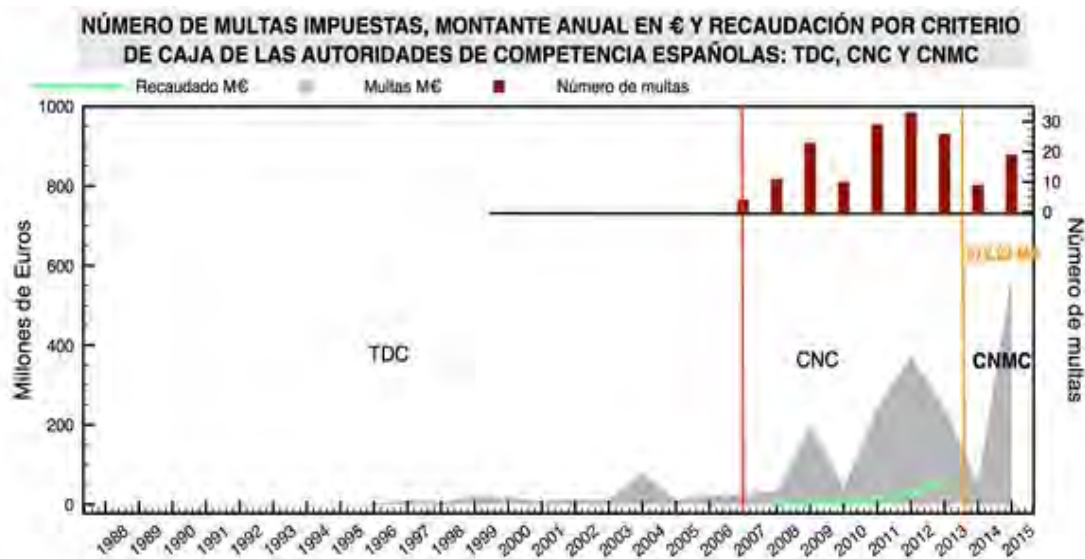
⁸ Según datos de la propia CE, desde 2014 su actividad de enforcement ha disminuido en términos de número de asuntos y cuantía de las sanciones. Así, mientras en 2014 cerró 10 expedientes sancionadores e impuso multas por un total de €1.689,49 millones, en 2015 sólo ha concluido 5 investigaciones de las que ha llevado a cabo, con un importe total de multas de €364,49 millones.

⁹ Fuente: <http://www.gibsondunn.com/publications/documents/2014-Year-End-Criminal-Antitrust-and-Competition-Law-Update.pdf> (última consulta el 20 de agosto de 2016).

Así, y como se recoge en un reciente informe¹⁰, en **Francia** la *Autorité de la Concurrence* ha cerrado en los años 2014 y 2015 un total de ocho casos de cárteles, con un importe agregado de multas que alcanza los €1.800 millones. En **Alemania**, por su parte, la autoridad de competencia –el *Bundeskartellamt*- ha mantenido la actividad de los últimos años, con un número total de veinte casos en 2014 y 2015, y multas que ascienden a los €1.328,12 millones. Estas sanciones han recaído sobre un total de 45 empresas y 24 directivos. En **Italia**, la *Autorità Garante della Concorrenza* ha aumentado en un 60% su actividad sancionadora en el año 2015 en relación con el ejercicio anterior, con un total de catorce asuntos cerrados y multas por importe de €238 millones. En el **Reino Unido**, la recientemente transformada *Competition and Markets Authority* también ha ido aumentando su actividad estos últimos años. Volveremos más adelante sobre la actuación de la CMA, porque precisamente es una de las autoridades de competencia que más ha orientado la lucha en la detección y sanción de cárteles por la vía de la criminalización.

Por su parte, en **España** la *Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados* (CNMC) no se ha quedado atrás en estas tendencias que marcan las autoridades europeas, y sólo en 2015 impuso multas por un importe superior a los €500 millones, que afectaron a más de 250 empresas, en las catorce resoluciones de cárteles que dictó, superando así las cuatro de 2014, y cuyo importe total ascendió a €14 millones.

Se recoge en este gráfico¹¹ un resumen la actividad sancionatoria de la autoridad de competencia española (en sus diferentes "reencarnaciones", TDC, CNC y CNMC):



La conclusión que puede extraerse de este repaso de cifras es que el enforcement antitrust sigue siendo la prioridad de las autoridades de competencia en la Unión Europea, y en todas sin excepción se han aumentado el número de casos y el volumen de las multas impuestas a los cárteles que se han descubierto. Como ya apuntábamos también, quizá por esto la Comisión Europea ha

¹⁰ *European Law Enforcement Against Antitrust Conspiracies – Recent Trends*, elaborado por una serie de abogados del despacho internacional JONES DAY, publicado el 16 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://www.jonesday.com/European-Law-Enforcement-Against-Antitrust-ConspiraciesRecent-Trends-09-16-2016/?RSS=true> (última consulta el 20 de septiembre de 2016).

¹¹ Elaboración a cargo de Antonio Maudes, Director de Promoción de la CNMC. Disponible en: <https://twitter.com/amaudes/status/643895166319857664>

bajado ligeramente sus cifras, y se ha manifestado abiertamente hacia la coordinación en la lucha contra los cárteles internacionales, a través de instrumentos como la *European Competition Network*.

Finalmente, gracias a la experiencia adquirida, los mecanismos de cooperación internacional, el aumento de herramientas de que disponen, y la novedad y diseño de nuevos mecanismos sancionatorios, todo apunta a que la ‘exposición’ de los cárteles a la actuación de las autoridades de competencia va a permanecer alta, o incluso aumentar en los próximos años. Y todo ello especialmente en relación con los cárteles internacionales, ya que se ha convertido en una prioridad de la Comisión Europea, en colaboración con los Estados Unidos y otras agencias antitrust en todo el mundo.

2.2. Los programas de clemencia.

Todo lo que se pueda decir sobre el éxito arrollador de los programas de clemencia, en la detección de cárteles a lo largo y ancho del globo, es siempre insuficiente.

La revisión¹² que se hizo en 1993 del programa de clemencia para empresas (*Corporate Leniency Program*) del DOJ estadounidense, y que permite al miembro de un cártel obtener total inmunidad de las sanciones si es el primero en colaborar con la autoridad y aportar evidencia fue el desarrollo de política antitrust más importante desde que la Clayton Act facultara a sancionar con el triple de los daños, en 1914.

Su indiscutido éxito en los EE.UU. hizo que pronto se adoptaran programas similares en otros países y jurisdicciones. Así, en 1996 la Comisión Europea estableció su propio programa de clemencia¹³, y sólo una década más tarde 24 de los 27 Estados miembros habían implantado sus propios programas de clemencia. Hoy en día este tipo de programas se han extendido por todo el mundo, desde Canadá y el Reino Unido hasta Japón, Sudáfrica o Brasil. Se calcula¹⁴ que entre 1995 y 2008 más del 20% de los cárteles internacionales detectados y sancionados lo fueron gracias a una solicitud de clemencia de alguno de sus miembros. Por su parte¹⁵, la Comisión Europea ha otorgado inmunidad total o parcial en 45 de los 50 casos de cárteles decididos en el período de 1998 a 2007, reduciéndose las multas impuestas en un 40%. Hay años¹⁶ en los que el 100% de cárteles sancionados se han descubierto gracias a una solicitud de clemencia.

Tal y como recogen los estudios¹⁷ más recientes y completos, los programas de clemencia están hoy extendidos por más de 60 países y jurisdicciones en todo el mundo, y su introducción como herramienta de detección de cárteles ha supuesto un cambio radical en la actividad por parte de las autoridades de competencia, y en la propia percepción de los directivos de las empresas implicadas, convirtiéndolos en auténticas “armas de disuasión masiva”.

¹² El primero que se introdujo fue en 1973, pero resultó totalmente inoperante.

¹³ Comunicación sobre la clemencia (DO C/298 de 8.12.2006, p.17).

¹⁴ CONNOR, John M., *Cartel Amnesties Granted: Worldwide Whistleblowers*, Purdue University, 2008.

¹⁵ VELJANOVSKY, Cento, “European Commission Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2007,” *Case Associates*, 2007.

¹⁶ Vid. en este sentido BARBIER DE LA SERRE, É. y LAGATHU, E.: “The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher” en *Journal of Competition Law & Practice*, 2013, Vol. 4, nº 4, pp. 1-20, quienes señalan en la página 10 que todas las Decisiones emitidas por la Comisión en 2012 en supuestos de cártel se iniciaron como consecuencia de una solicitud de clemencia.

¹⁷ BORRELL, Joan-Ramon; JIMENEZ, Juan Luis y GARCÍA, Carmen, “Evaluating Antitrust Leniency Programs” (October 30, 2012), *XREAP No. 2012-01*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1993027>

Naturalmente, hay también aspectos que mejorar, y se ha señalado¹⁸ que estos programas son eficaces y reducen la tasa de cárteles cuando la autoridad destina recursos también a casos en los que no ha habido solicitud de clemencia, o el *enforcement* previo era escaso. Sin embargo, continúan afirmando estos autores, cuando los casos de clemencia son complicados de instruir y perseguir, o las sanciones para los cárteles que no se han descubierto por clemencia no son suficientemente altas, no sólo son inefectivos estos programas sino que incluso pueden contribuir a aumentar la tasa de cárteles.

2.3. Las sanciones económicas a las empresas.

La política de sancionatoria en lo que respecta a las infracciones del Derecho de la Competencia es de carácter preventivo, por lo que todas las autoridades antitrust publican orientaciones pormenorizadas sobre la forma de respetar la legislación. La Comisión Europea lo ha hecho en 1998¹⁹ y en 2006²⁰. La cuestión clave es que si las empresas incumplen las normas, podrán imponérseles multas.

El fin último de estas multas también es la prevención, por lo que deben cumplir dos objetivos: castigar y disuadir. El incumplimiento de las normas en materia de competencia quedaría impune si resultara rentable. En el caso concreto que estamos analizando en estas páginas, un estudio²¹ de la OCDE sobre una selección de cárteles estimaba que el incremento medio de los precios era de entre el 15 % y el 20 %, pudiendo llegar a más del 50 %. Si un cártel dura varios años -y se ha estimado²² que el tiempo medio de duración es entre siete y diez años-, las empresas participantes se beneficiarán de esos precios más elevados todos los años que dure el mismo. De ahí que la sanción deberá tenerlo en cuenta para poder cumplir su objetivo de prevención en el conjunto del sector.

La política en materia de multas se basa en los principios de que algunas infracciones perjudican más a la economía que otras, que las infracciones que afectan a un valor elevado de ventas provocan más daños que las que afectan a un nivel reducido de ventas, y que las infracciones que duran más tiempo son más perjudiciales que las infracciones de corta duración.

Naturalmente, es muy difícil -por no decir imposible- encontrar un consenso pacífico sobre la cuantía de las multas, y una verdad incontestable sobre si son muy altas o muy bajas. Para empezar, y como fácilmente puede intuirse, las opiniones a este respecto de las empresas sancionadas -y sus abogados- y las autoridades sancionatorias, son diametralmente opuestas. Dar respuesta a este debate excede con creces el objeto de este trabajo, haremos únicamente una escueta mención al estado de la cuestión en nuestro país.

El artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) impone como límite a las sanciones que la autoridad puede imponer el del 10% del volumen de negocios de las empresas, en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción por lo que las multas. La práctica seguida por la CNC para individualizar las sanciones concretas de las empresas dividía ese “arco sancionador” en tres

¹⁸ HARRINGTON, J.E. (2012): “Endogenous Antitrust Enforcement in the Presence of a Corporate Leniency Program”, *Wharton School WP SES-0516*. Disponible en (última consulta el 16 de septiembre de 2016): <https://www.cemfi.es/ftp/pdf/papers/Seminar/Endogenous%20Antitrust.pdf>

¹⁹ Directrices para el cálculo de las multas (DO C/9 de 14.1.1998, pp. 3-5).

²⁰ Directrices para el cálculo de las multas (DO C/210 de 1.9.2006, pp. 2-5).

²¹ REPORT ON THE NATURE AND IMPACT OF HARD CORE CARTELS AND SANCTIONS AGAINST CARTELS UNDER NATIONAL COMPETITION LAWS, DAF/COMP (2002)7, de 9 de abril. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf> (última consulta el 20 de septiembre de 2016).

²² CONNOR, John M.: "Cartel Detection and Duration Worldwide" (September 1, 2011), *Competition Policy International: Antitrust Chronicle* 2011 (2). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2229242>

tramos: bajo (aprox. hasta el 3,33%), medio (aprox. hasta el 6,66%) y alto (hasta el límite legal del 10%).

En el año 2009 la CNC publicó²³ su Comunicación de 6 de febrero, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

Estas directrices han quedado sin efecto a partir de la histórica Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015²⁴. Este pronunciamiento resuelve la casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída en apelación del Expte. S/0269/10 *Transitarios 2*, y desde entonces han aparecido ya una decena de sentencias más que reproducen literalmente las mismas ideas recogidas en la primera sentencia y dan firmeza a esta nueva jurisprudencia.

La nueva jurisprudencia del TS, esencial para el cálculo de multas por parte de la autoridad de competencia en el ejercicio de su potestad sancionadora puede resumirse en los siguientes puntos:

- a. El límite legal del 10% recogido en el art. 63.1 LDC debe interpretarse como el límite superior de un intervalo de sanciones (como defendía la AN), no como un tope o un “umbral de nivelación”.
- b. En consecuencia, la Autoridad de Competencia no puede utilizar ya la *Comunicación* sobre multas porque se basa en entender el límite del 10% como un umbral de nivelación, en línea con la interpretación de la Comisión Europea (CE).
- c. El “volumen de negocios total” mencionado en el art. 63.1 debe entenderse como el volumen total y no como el volumen del mercado afectado. Esta decisión del TS es más importante a la hora de determinar el nivel de las multas que la interpretación sobre la naturaleza del límite legal.
- d. El TS insiste en la importancia –y reconoce la dificultad de esta tarea– de conseguir equilibrar la necesaria proporcionalidad con el imprescindible carácter disuasorio de las sanciones.
- e. La sentencia exige a la CNMC considerar la dimensión de la concreta infracción como una referencia necesaria para asegurar la proporcionalidad de las multas, especialmente en el caso de las empresas multiproducto.
- f. El TS también menciona la conveniencia de considerar la probabilidad de descubrimiento de los infractores para asegurar que las sanciones son suficientemente disuasorias, y sugiere también la posibilidad de multar a las personas físicas responsables de las infracciones para aumentar el nivel de disuasión.

Como ha quedado dicho, la CNMC ya ha aplicado la nueva jurisprudencia del TS en varias ocasiones desde entonces. La primera vez fue en la resolución sobre el Expte. S/474/13 *Precios combustibles automoción*, sobre la distribución minorista de combustibles de automoción; después, en el Expte. S/0425/12 *Industrias lácteas 2*, sobre compradores industriales de leche cruda de vaca; y finalmente, en las resoluciones de cinco expedientes sobre concesionarios de coches en los que ha aplicado básicamente la misma metodología para determinar las sanciones (Expte. S/0486/13

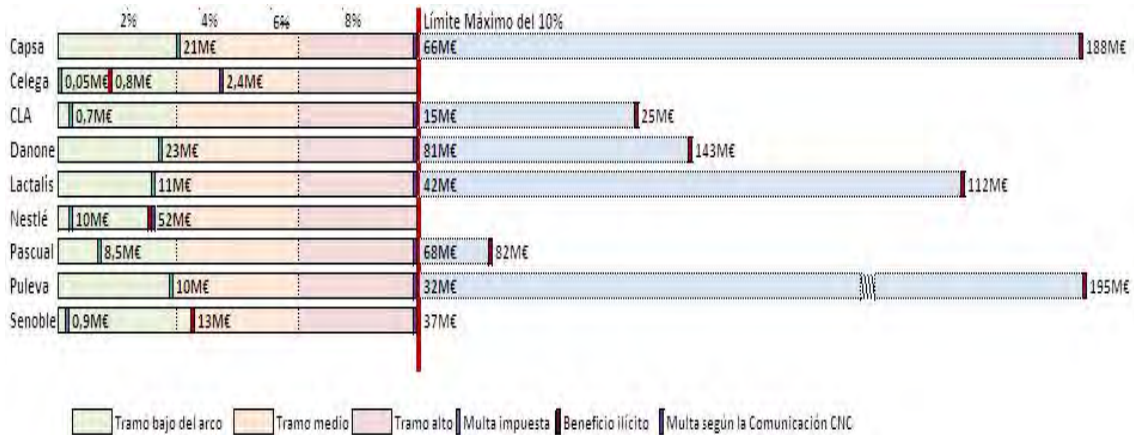
²³ B.O.E. núm. 36, Sec. III, pág. 14654, de 11 de febrero de 2009, disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/02/11/pdfs/BOE-A-2009-2356.pdf>

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2013, caso *BCN Aduanas y Transportes S.A.*

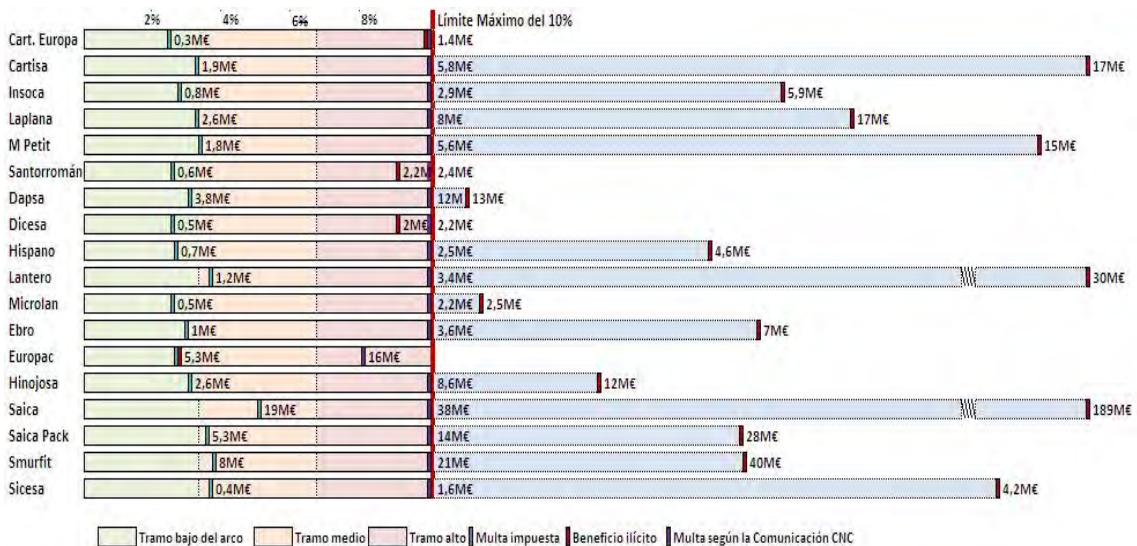
Concesionarios Toyota, S/0487/13 Concesionarios Land Rover, S/0488/13 Concesionarios Hyundai, S/0489/13 Concesionarios Opel y S/0471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW).

El expediente citado *Industrias Lácteas 2* y otro posterior, *Fabricantes de Papel de Cartón y Ondulado* (de 18 de junio de 2015, Expte. S/0469/13) han sido objeto de análisis²⁵ para intentar dar respuesta a la pregunta que antes apuntábamos sobre si la cuantía de las multas que impone la CNMC es alta o es baja. El parámetro que se usa como referencia es el beneficio ilícito obtenido, a los efectos de simplemente constatar si resulta "rentable" la participación en un cártel, descontando el impacto económico de una eventual sanción:

Expte. Industrias Lácteas 2



Expte. Fabricantes de Papel de Cartón y Ondulado



²⁵ MARTÍN DE PABLOS, M.A.: "¿Son demasiado altas las multas de Competencia?", en el blog *Hay Derecho*, 16 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://hayderecho.com/2015/09/16/son-demasiado-altas-las-multas-de-competencia/> (última consulta el 15 de julio de 2016).

La conclusión a la que este autor llega es que las multas están siendo todavía bajas (en relación con el beneficio ilícito obtenido), y cuestiona por tanto su efecto disuasorio.

2.4. Las sanciones personales a los directivos.

Sin duda uno de los debates más encendidos en la actualidad²⁶, por lo menos en nuestro país, es la imputación personal de los ejecutivos de las empresas participantes en un cártel.

Este régimen sancionador está previsto por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 63.2 permite la imposición de multas de hasta 60.000€ a cada uno de los representantes legales o personas que integran los órganos directivos de la sociedad infractora que hayan participado en la decisión o acuerdo prohibido, siempre que se acredite que el individuo sancionado haya jugado papel clave o que sirva de base para imputarle una responsabilidad personal por la práctica anticompetitiva.

Aunque esta previsión ya estaba contenida en la ley anteriormente vigente, la LDC 16/1989, lo cierto es que su uso efectivo fue muy limitado por el Tribunal de Defensa de Competencia, siendo contadas las veces en que se sancionó a directivos de empresas:

Fecha	Expediente	Sanción (a directivos)
13-09-1993	Boutiques de Pan Asturias (Expte. 320/92)	200.000 pts.
25-05-1993	Faconauto (Expte. 322/92)	100.000 pts.
12-12-1996	Ortodoncistas Castilla y León (Expte. 365/95)	100.000 pts.
08-01-1996	Lencería Gijón (Expte. 359/95)	100.000 pts. 50.000 pts.
21-11-1996	Asentadores de Pescado (Expte. 378/96)	1.000.000 pts.
24-10-2001	Feriantes de Huesca (Expte. 503/00)	2 multas de € 1.200
03-04-2007	Excursiones Puerto Sóller (Expte. 611/06)	€ 6.000

Es evidente que el carácter disuasorio de este tipo de sanciones es mucho mayor -pese a que su cuantía es menor- que la multa a la empresa, que de alguna forma queda "diluida" en el patrimonio

²⁶ Vid., por todos, CALLOL, P., "La responsabilidad individual de directivos bajo el Derecho de Competencia". Disponible en: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/M4-04-pedro-callol.pdf (consultada por última vez el 23 de septiembre de 2016).

corporativo. De ahí que entre las prioridades de la CNMC explicitadas en su plan estratégico²⁷ para los próximos años esté el potenciar esta medida.

Y no ha esperado mucho para ponerlo en práctica, ya que en dos Resoluciones del presente año 2016, *AIO*²⁸ (de 31 de marzo) e *INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS*²⁹ (de 6 de julio) la CNMC ha impuesto, por primera vez desde su creación en 2013, sanciones económicas no sólo a las empresas integrantes del cártel sino a los directivos implicados en los acuerdos anticompetitivos.

En el primer caso, la CNMC ha sancionado con un total de 128,8 millones de euros a siete empresas fabricantes de absorbentes de incontinencia urinaria para adultos y a la Federación Española de Fabricantes (FENIN) por una infracción del artículo 1 LDC, y a cuatro de sus directivos con multas por un importe total de 29.000 euros. En el segundo, la CNMC ha multado con un total de 5,58 millones de euros a las empresas Amurrio Ferrocarril y Equipos, S.A; Jez Sistemas Ferroviarios, S.L., Talleres Alegría, S.A. y Duro Felguera Rail, S.A.U., y a nueve de los directivos de estas empresas, con multas por un total de 65.550 euros, por su participación en el cártel.

Como se ha puesto de manifiesto³⁰ al hilo de estas dos resoluciones, las sanciones personales a directivos son muy superiores en algunos países de nuestro entorno: en Alemania pueden llegar hasta el millón de euros en circunstancias de participación en grado de dolo. En Polonia pueden alcanzar hasta los 500.000 euros. En algunos países se introduce en la sanción un elemento de capacidad económica, como es la renta y el patrimonio del infractor con un máximo de 450.000 euros (Países Bajos), o un porcentaje del volumen de ventas obtenido por la infracción (Bélgica). En Reino Unido, además, se regulan las llamadas *competition disqualification orders* que pueden llegar a suponer la inhabilitación de un individuo como director de la compañía.

2.5. Acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos.

Como es bien sabido, la aprobación de la Directiva³¹ 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia ha supuesto una auténtica revolución en el ámbito del *enforcement* de la normativa antitrust.

En efecto, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage & Crehan*³², del año 2001, el entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy TJUE) había reconocido como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos; el principio de "plena compensación". Poco tiempo después, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*³³ desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust.

²⁷ <https://www.cnmc.es/es-es/cnmc/planestrat%C3%A9gico.aspx>

²⁸ Expediente S/DC/0504/14.

²⁹ Expediente S/0519/14.

³⁰ CALLOL, P., "Sanciones personales a directivos por infracciones contra la competencia", Diario *Expansión*, 17.03.2016, <http://www.expansion.com/juridico/opinion/2016/03/17/56eaa700e2704e8a388b45e0.html>

³¹ El texto definitivo fue aprobado en la última sesión del Parlamento Europeo, antes de disolverse para las elecciones generales, el 15 de abril de 2014, y fue publicada en el DOUE de 5 de diciembre de 2014, L 349/1. Se puede acceder al texto en: <http://www.boe.es/doue/2014/349/L00001-00019.pdf>

³² Vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros*, Rec. 2001 p. I-6297.

³³ Vid. en este sentido Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, caso *Manfredi*.

En nuestro país, los autores que han estudiado esta materia en profundidad no dudaron en calificar, en esos primeros compases³⁴, la aplicación privada del Derecho antitrust como en estado de “sub-desarrollo”³⁵, y el número de acciones ejercidas como “escaso”³⁶. Por ello hace algunos años se podía calificar el ejercicio de estas acciones resarcitorias como de gran “asignatura pendiente”³⁷ en nuestro Derecho antitrust. Estos trabajos no dudaban en señalar que no hay un motivo único por el que estas reclamaciones no habían tenido en nuestro país el éxito que se esperaba de ellas³⁸. Sin embargo, en los últimos años el desarrollo de la aplicación privada ha arrojado resultados muy satisfactorios, y podemos por tanto afirmar –con orgullo- que la Directiva viene a caer en un terreno fértil y abonado para el florecimiento de las acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*.

Pese a que su finalidad es la '*full compensation*' y no el '*deterrence*', lo cierto es que la trasposición de esta norma a nuestro derecho interno -y lo mismo a en el resto de Estados miembros de la UE- y la efectiva implementación de cauces procesales que faciliten el ejercicio de acciones de daños va a tener también un efecto disuasorio, como lo tienen las sanciones económicas -a las empresas o a los directivos-, ya que va a ser mucho más "costoso" formar y mantener un cártel de precios, si el riesgo que afronto no es sólo el de la multa, sino también el de pagar los daños patrimoniales causados.

Además, las más recientes y exhaustivas investigaciones empíricas³⁹ vienen a desmentir esa impresión de que en nuestro país la aplicación privada del derecho *antitrust* había fracasado por completo. El futuro deseado por las autoridades de competencia comunitarias, compartido posiblemente por las autoridades de competencia nacionales, y desde luego el que más favorecería la adecuada protección del mercado a la vez que el justo resarcimiento de los perjudicados por un ilícito antitrust, es sin duda ninguna un equilibrio integrador entre la aplicación pública y privada del Derecho de Defensa de la Competencia.

Así lo prevé la Directiva y así lo manifestó el Comisario Almunia, su principal impulsor: “*la propuesta [de Directiva] está diseñada para optimizar la interacción entre la aplicación pública que llevan a cabo las autoridades de competencia en Europa, y la aplicación privada que tiene lugar en los tribunales civiles*”⁴⁰.

³⁴ RETORTILLO ATIENZA, O.: “Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles” en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, nº 8, 2011, pp. 221 a 232.

³⁵ SANTOS LORENZO, S. y TURNER-KERR, J.: “¿En estado de total subdesarrollo? la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España” en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 245, 2006, pp. 42-56.

³⁶ FERNÁNDEZ, C.: “Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, Editorial LA LEY, nº 29, 2012, pp. 11-22.

³⁷ DÍEZ ESTELLA, F., Capítulo 14, El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.

³⁸ MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española” en *Derecho de los Negocios*, nº 267, 2013, pp. 59-66. Si bien es cierto que este estudio señala que España es uno de los países de la UE con mayor número de pronunciamientos judiciales de aplicación privada, es verdad igualmente que siguen siendo pocos para los que podían generarse al hilo de las infracciones antitrust detectadas y sancionadas por la CNC, o que se ventilan ante los Jueces de lo Mercantil.

³⁹ MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “Competition Law Private litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Documento de Trabajo AJ8-22*, del Instituto de Empresa, de 26 de junio de 2013, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2351770> (última consulta: 26 de noviembre de 2013).

⁴⁰ Discurso del Comisario de Competencia y Vicepresidente de la Comisión Europea, Joaquín Almunia: “Antitrust Damages in EU law and policy”, *SPEECH / 13 / 887*, pronunciado en el Colegio de Europa (Bruselas), el 7 de noviembre de 2013.

En este planteamiento, ambos modelos están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro, ya que además cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio –*deterrence*– a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva. Pensamos que este “equilibrio” es el que permitirá superar las objeciones⁴¹ y las críticas⁴², que, naturalmente, se han puesto de manifiesto también por la doctrina más autorizada.

3. La responsabilidad mercantil de los directivos.

Hemos visto cómo, en fechas recientes, las sanciones económicas impuestas a las empresas por su participación en un cártel se han extendido también a sus directivos, a los ejecutivos que son, en última instancia, los que los promueven y ejecutan. Su actuación ilícita causa un daño económico a la empresa -por la multa que tiene que pagar, y los eventuales daños patrimoniales que resarcir-, tiene también un evidente coste reputacional, y es sin duda una actuación contraria a los más elementales principios de Buen Gobierno Corporativo; ¿cabe exigirles responsabilidad "mercantil" por ello?

Esta pregunta nos traslada de lleno al ámbito de la normativa de Derecho de Sociedades y las reglas sobre responsabilidad de administradores, materia que en fechas recientes ha experimentado una profunda reforma. En efecto, la *Propuesta para la mejora del Gobierno Corporativo*⁴³ que la Comisión de expertos⁴⁴ elevó al Gobierno en octubre de 2013, recibió plasmación legal en el *Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo*. Este texto ha culminado a finales de 2014 con la aprobación⁴⁵ de la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo* (en adelante RLSC).

En el ámbito -más amplio- de los EE.UU., la reacción de la regulación federal frente a los escándalos⁴⁶ de los conocidos casos Enron, WorldCom, Xeron, Merck, Ahold, Dynegy, Parmalat, etc, que impactaron profundamente en la opinión pública y condujeron al descrédito de las auditoras, agencias de rating, banca de inversión, etc, fue la *Public Company Accounting Reform*

⁴¹ EGER, T. y WEISE, P.: “Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler’s view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases” en *Global Competition Law Review*, nº 4, 2010, pp. 151-159.

⁴² ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia” en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2009, pp. 1-35.

⁴³ http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf.

⁴⁴ Nombrada a tal efecto por Acuerdo del Consejo de Ministros el 10 de mayo de 2013, Publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

⁴⁵ BOE nº 293, p. 99793-I, de 4 de diciembre de 2014.

⁴⁶ HOPT, KLAUS J., «Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance after Enron» (January 1, 2007), *After Enron, improving corporate law and modernising securities regulation in Europe and the U.S.*, pp. 445-496, J. Armour, J. A. McCahery, eds., Oxford (Hart), 2006; ECGI Law Working Paper No. 05/2002; ECGI Finance Working Paper. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=356102>.

and *Investor Protection Act*, de 29 de julio de 2002, conocida como «*Sarbanes-Oxley Act*»⁴⁷ – a través de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 21 July of 2010*⁴⁸.

La Unión Europea no ha sido ajena a este proceso, y ha emprendido su propio “camino hacia el Corporate Governance”⁴⁹, a partir de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*⁵⁰, que prevé un plan de acción sobre el Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo orientado a la creación de un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas. Lo que trasluce este documento comunitario es cómo un adecuado gobierno corporativo llevará a que las empresas mejor gestionadas sean más competitivas y sostenibles.

Los deberes que conforman el estatuto de los administradores son una pieza fundamental para el buen gobierno corporativo de las sociedades. En este sentido, la reforma operada por la Ley 31/2014 ha supuesto una mejora en el régimen jurídico de los deberes que contiene dicho estatuto. En particular, en relación con el deber de lealtad, la reforma pretende aumentar su eficacia con la pretensión de subsanar su insuficiente regulación hasta el momento, desde el ámbito de las conductas exigibles y desde el plano sancionatorio⁵¹.

Además de las conductas que se entienden comprendidas en deber de lealtad -art. único, numerales 15 y ss. LRLSC-, la normativa de sociedades contempla también un plano sancionatorio⁵². En este sentido, resulta apreciable la sistematización de las conductas que afectan al deber de lealtad, ordenándolas en tres niveles de abstracción⁵³.

En primer lugar, se adecua la cláusula general del deber de lealtad; a continuación, se concretan aquellas obligaciones de tipo imperativo que se derivan del deber de lealtad, y, finalmente, se

⁴⁷ N° 107-204. 116 Stat. 745 (2002); codified at 15 U.S.C. 7201-66 (2006). *Vid.*, un acertado análisis de esta normativa estadounidense, en nuestra doctrina, en: RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Las nuevas normas norteamericanas sobre transparencia de las sociedades cotizadas. La 2002 Sarbanes-Oxley Act», *Derecho de los Negocios*, n° 138, año 13, 2002, pp. 1-16.

⁴⁸ N° 111-203. 124 Stat. 1376-2223 (2010). *Vid.*, un acertado análisis de esta normativa estadounidense, en nuestra doctrina, en: SIGNES DE MESA, J. I., «La sección 404 de la *Sarbanes-Oxley Act* y los controles internos financieros: un balance tras diez años de aplicación», *RDBB*, n° 28, octubre-diciembre 2012, pp. 161-182.

⁴⁹ Como acertadamente lo califica RAMOS HERRANZ, I., “Capítulo 12. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y la condición de administrador para operaciones por cuenta propia o realizadas por personas vinculadas (artículo 227 LSC)”, en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A. (Dir), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid 2015, pág. 460 y ss.

⁵⁰ COM (2012) 740 final.

⁵¹ Estudio sobre las propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos Informe, pp. 36 y 37. *Vid.*, los trabajos de los miembros de la Comisión de Expertos, VIVES, F.: «Propuesta de reforma legislativa en el estudio de la comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (I) y (II)», *El notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre 2013 (n° 52) y enero-febrero 2014 (n° 53). Sobre la reforma en general, *vid.* HIDALGO ROMERO, R.: “Los deberes y la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital no cotizadas en el proyecto de ley por la que se modifica la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 6, 2014.

⁵² Destaca al respecto, de un lado, el alcance de la sanción, además del resarcimiento del daño causado se incluye la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción del deber de lealtad (art. 227.2 LSC). Asimismo, tal como establece el art. 232 LSC, el ejercicio de acciones de responsabilidad “no obsta para no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”. En relación a la legitimación de la interposición de la acción social por infracción del deber de lealtad destaca la reducción del porcentaje para su imposición y la legitimación directa de la minoría (art. 239 LSC).

⁵³ PAZ-ARES, C.: “Anatomía del deber de lealtad. (Reflexiones a propósito del anteproyecto de reforma de la LSC)”. En: *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*. AA. VV. (Dir. IBAÑEZ JIMENEZ, J.). Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor, 2014, p. 102.

ordenan las prohibiciones de carácter relativo en relación con las conductas que implican conflicto de interés. Otro de los puntos clave de la reforma es la imperatividad del deber de lealtad así como la responsabilidad por su infracción, si bien sometida a un régimen de dispensa de manera excepcional⁵⁴.

La cuestión que queremos plantear aquí es, ¿porqué no se incluye, como infracción al deber de lealtad, y por tanto sometida al régimen sancionatorio mercantil y las correspondientes acciones de responsabilidad la actuación del directivo/administrador de implementar un cártel empresarial?

Ya hemos visto en apartados anteriores cómo, a los efectos de aumentar el carácter disuasorio del *enforcement* antitrust, las sanciones económicas ya no sólo se imponen a las empresas -principal destinatario de las normas de Competencia- sino también a los directivos. Veremos en el epígrafe siguiente cómo un paso más en la lucha contra los cárteles internacionales es la criminalización de las conductas de fijación de precios, lo que nos lleva a situarnos en el plano del derecho penal. Los cárteles oscilan entre los ilícitos administrativos y los delitos penales; ¿no parece que hemos obviado el plano intermedio, dentro del espectro jurídico, que es el mercantil societario?

Llama la atención que, salvo alguna propuesta doctrinal aislada⁵⁵, prácticamente esta cuestión ni se ha discutido en nuestro ordenamiento. Y, sin embargo, por el daño que la conducta del directivo causa a la empresa, no sólo en términos de coste reputacional sino netamente patrimonial, tanto por la multa económica impuesta como por las eventuales acciones de reclamación de daños y perjuicios, sí merecería que la infracción de normas de competencia fuera un supuesto de responsabilidad de los administradores.

En nuestra opinión, por tanto, es una opción legislativa que merece la pena explorar, puesto que la conducta -que además no cabe llevar a cabo de forma meramente negligente, es dolosa por su propia naturaleza- de promover un cártel de precios con empresas competidoras, mantenerlo o encubrirlo, causa un daño mucho mayor a la sociedad mercantil de la cual el administrador es su máximo responsable que otras conductas societarias que en cambio sí se consideran infracciones del deber de lealtad.

Además, esta propuesta sería más coherente con la proyectada legislación en esta materia, contenida en el Proyecto de Código Mercantil⁵⁶, que lleva a cabo una suerte de "privatización" del Derecho de la Competencia, al incluir los aspectos sustantivos de la actual LDC en el Título III (*De la defensa de la competencia*) del Libro III, poco menos que como una especialidad de la competencia desleal.

Mientras que ni en nuestro derecho interno ni a nivel de la UE parece contemplarse esta opción, en EE.UU. sí empieza a haber ejercicio de acciones de responsabilidad mercantil a los administradores de sociedades que han llevado a cabo conductas anticompetitivas. En un ámbito distinto al de los cárteles, el del abuso de posición dominante -la otra gran "prohibición" antitrust-, un grupo de accionistas de Google ha puesto una demanda⁵⁷ societaria contra el Consejo de Administración de

⁵⁴ Imperatividad, que en Derecho de sociedades, es resultado de una situación de hecho que de perdurar en el tiempo devendría a un Derecho ineficaz, vid. EMBID IRUJO, J.M.: *La Ley 31/2014 y el retorno de las normas imperativas*, 2014, disponible en: http://commenda.es/actualidad_interior/230/la-ley-312014-y-el-retorno-de-las-normas-imperativas (última consulta el 4 de septiembre de 2016).

⁵⁵ LAGUNA DE PAZ, J.C., "Capítulo 20. La infracción de las normas de defensa de la competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores", en AA.VV. *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Ed. La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 787 a 793.

⁵⁶ Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader>

⁵⁷ Transcribimos aquí literalmente el primer párrafo de la demanda, ya que es perfectamente ilustrativo de la opción que estamos manteniendo en este epígrafe, de vincular la participación en una conducta anticompetitiva con el régimen de responsabilidad de administradores: "*This is a stockholder derivative action brought by plaintiff on behalf of nominal defendant Alphabet Inc ("Alphabet" or the "Company") against certain of its officers and current and former directors*

la compañía ante un Juzgado de San Diego (California) el 23 de mayo de 2016 por entender que la actuación de la empresa en relación con Android -sometida en la actualidad a un expediente sancionador por parte de la Comisión Europea- constituye una infracción de sus deberes como administradores, y que puede suponer unas pérdidas millonarias para la empresa, en caso de ser sancionada por conducta anticompetitiva. La conducta denunciada es de deslealtad, e incumplimiento de sus deberes fiduciarios.

4. ¿Criminalización de las conductas de fijación de precios?

Llegamos ya al último epígrafe de este comentario, en el que analizaremos -a modo de corolario de todo lo dicho anteriormente- el debate sobre la criminalización de los cárteles, esa medida extrema contra las conductas de fijación de precios, consistente en dejar de considerarlos un ilícito administrativo para pasar a tipificarlos como delitos.

A este respecto, son clásicas ya las palabras pronunciadas hace más de quince años por el Fiscal General de la División Antitrust del DOJ, Joel I. Klein, en una conferencia precisamente titulada "*La guerra contra los cárteles internacionales: lecciones desde el frente de batalla*", cuando señalaba que las conductas típicas de un cártel (fijación de precios, reparto de mercados, amaño de concursos públicos, etc.) son perjudiciales para los negocios, para los consumidores, y para el mercado en su conjunto, y apuntaba: "Déjenme ser muy claro en este punto: los cárteles son el equivalente al robo llevado a cabo por ladrones muy bien vestidos, y merece una condena pública e inequívoca"⁵⁸.

Desde luego, pese a que nuestra tradición jurídica es totalmente ajena a este planteamiento, y el conjunto de países de la UE -y el propio ordenamiento previsto en el TFUE- parece ser contrario a criminalizar los cárteles, es el modelo adoptado por los EE.UU. -cuna del derecho antitrust- y es lo más frecuente en los ordenamientos del ámbito anglosajón (Reino Unido e Irlanda) y en muchas otras jurisdicciones en todo el mundo (Méjico, Brasil, etc.).

Es indiscutible que, con independencia de que se apliquen por vía civil o administrativa, las sanciones antitrust tienen naturaleza penal⁵⁹, no sólo no buscan reparar el daño causado -eso más bien está fuera de su intención, y de ahí que se deje a la jurisdicción ordinaria- sino que su finalidad es exclusivamente *punitiva* (castigar por haber llevado a cabo la conducta prohibida) y *disuasoria* (evitar que se repita en el futuro).

En la **Unión Europea**, naturalmente, este debate lleva tiempo abierto, y existen abundantes estudios⁶⁰ y análisis sobre el derecho penal europeo tras el Tratado de Lisboa, su fundamento constitucional y la aplicación a los cárteles. Sin embargo, la resistencia a adoptar cualquier medida

of its Board of Directors (the "Board"). This action seeks to remedy defendants' violations of law, including breaches of fiduciary duties, waste of corporate assets, unjust enrichment, and indemnification and contribution that have already caused and will continue to cause substantial losses to the Company and other damages, such as to its reputation and goodwill" (Case No. CIV538782). El texto completo de la demanda está disponible en: <https://www.scribd.com/doc/313802912/Alphabet-Complaint> (Último acceso el 24 de septiembre de 2016).

⁵⁸ KLEIN, J., "THE WAR AGAINST INTERNATIONAL CARTELS: LESSONS FROM THE BATTLEFRONT", Presented at Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, New York, October 14, 1999 (el subrayado es nuestro). Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront>

⁵⁹ Vid., a este respecto, WARDHAUGH, B., 'A normative approach to the criminalization of cartel activity' (2012) *Legal Studies* 32(3), pp. 369-395.

⁶⁰ LOZANO MANEIRO, A., "Capítulo 18. La criminalización de los cárteles en la UE", en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, Ed. Thomsom Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 763 a 791.

en este sentido va a encontrar siempre el obstáculo de que el Derecho penal forma parte del núcleo duro de la soberanía estatal, y de ahí la resistencia -lógica- de los Estados miembros a ceder competencias en este ámbito. La mayoría de ellos tipifica estas conductas como ilícitos administrativos; un pequeño grupo prevé sanciones penales (Chipre, Francia, Eslovaquia, Reino Unido, Irlanda y Estonia; limitadamente, también Austria y Alemania).

Como toda política legislativa, para tener el necesario apoyo parlamentario -y la correspondiente asignación presupuestaria- ha de reflejar una cierta demanda social. En un reciente y riguroso estudio⁶¹ sobre los "posicionamientos" de la sociedad ante las conductas de fijación de precios, llevado a cabo siguiendo las más estrictas normas estadísticas y econométricas, a través de miles de cuestionarios y entrevistas llevadas a cabo entre ciudadanos de Reino Unido, Alemania, Italia y EE.UU., se concluye de forma inequívoca que la gente entiende que los cárteles son nocivos, y merecen ser castigados. Es también universal e indiscutido el apoyo a la imposición de multas económicas a los directivos por su implicación en el cártel, pero sin embargo la opinión pública respecto a la criminalización de estas conductas no es unívoca.

En los EE.UU. sí hay una mayor concienciación⁶², lo cual no sorprende, habida cuenta del elevado nivel de delitos societarios que tienen lugar allí (*white-collar criminality*) y la prevalencia de conductas ilícitas en el ámbito antitrust. En el Reino Unido, igualmente, el grado de apoyo a la criminalización de los cárteles ha pasado del 11% en 2007 al 27% en 2014, un cambio de opinión pública que posiblemente sea consecuencia de la crisis financiera y los escándalos societarios a que hacíamos referencia en el epígrafe anterior.

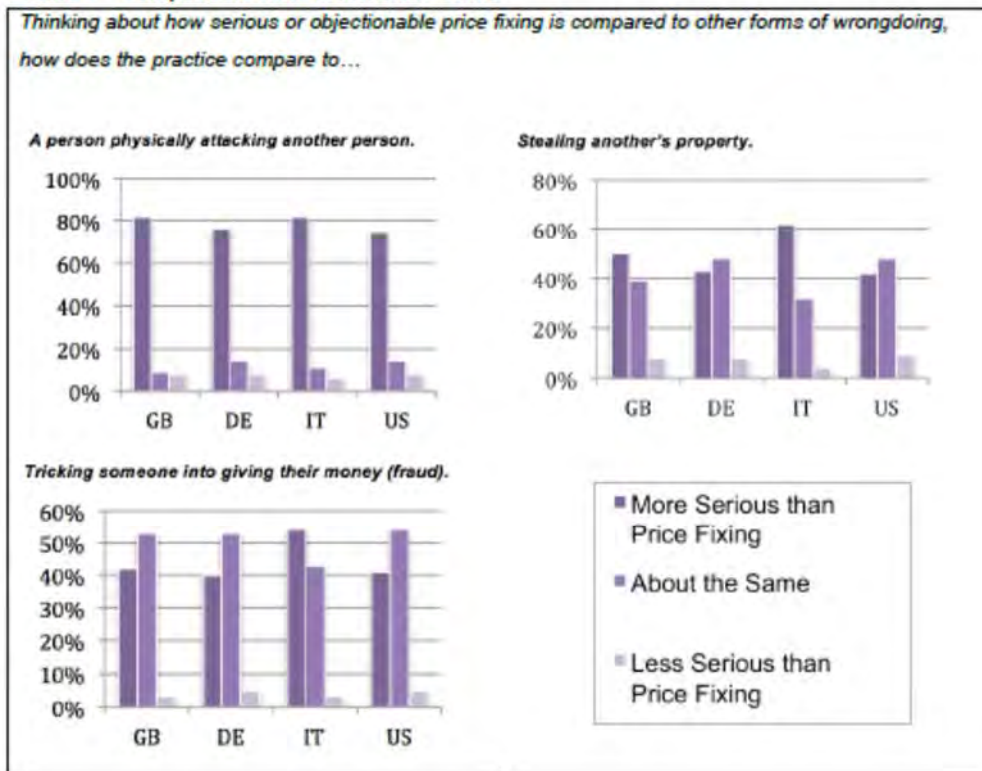
A la pregunta ¿deberían los cárteles ser considerados un delito?, la respuesta⁶³ parece indicar una abrumadora opinión pública a favor de la criminalización: 76% en Reino Unido, 87% en Alemania, 77% en Italia y 76% en EE.UU. Sin embargo, no hay que ser demasiado entusiasta en esta valoración, ya que para el sentir popular es posible que no se entienda que una conducta puede ser ilícita sin ser por eso un crimen.

⁶¹ ANDREAS, S.: "Survey of Public Attitudes to Price Fixing in the UK, Germany, Italy and the USA" (July 2015), *CCP Working Paper 15-8*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2642181>

⁶² STEPHAN, A.: 'Cartel Criminalisation: the role of the media in the "battle for hearts and minds"' in C Beaton-Wells and A Ezrachi (eds.), *Criminalising Cartels: Unexplored Dimensions and Unforeseeable Consequences* (Hart Oxford, 2011).

⁶³ STEPHAN, A. (2015), *cit.*, pág. 17.

Table 9 – Comparison with ‘traditional’ crime



De hecho, como queda reflejado en la tabla 9 del estudio, cuando se pide que se compare la gravedad de las conductas de fijación de precios con otros ejemplos de conductas antijurídicas (agredir a otra persona, robar, estafar, engañar a los consumidores, falseamiento contable, evasión de impuestos, conducir bajo los efectos de la droga o el alcohol, etc.), es significativo que en absolutamente TODOS los casos se percibe la gravedad de la fijación de precios como inferior al resto de "delitos". Como dato anecdótico, únicamente es percibida como más grave que... ¡las descargas ilegales de música en Internet!

Los sistemas en los que los cárteles son considerados un delito, y perseguibles por la vía criminal, han demostrado elevados niveles de disuasión, incluso cuando, como en el caso de **Brasil**⁶⁴, no por ello dejan de ser ilícitos administrativos, lo que implica un esfuerzo de coordinación entre ambos órdenes.

En el **Reino Unido**, recientes reformas en la legislación antitrust y los poderes de la autoridad de competencia (la CMA) han facilitado la persecución de estas conductas delictivas; de hecho, en 2015 ha tenido lugar el primer juicio -en sede penal- por un cártel de precios, con dos directivos condenados por un tribunal de jurado, otro que se confesó culpable y obtuvo una reducción de la pena de seis meses.

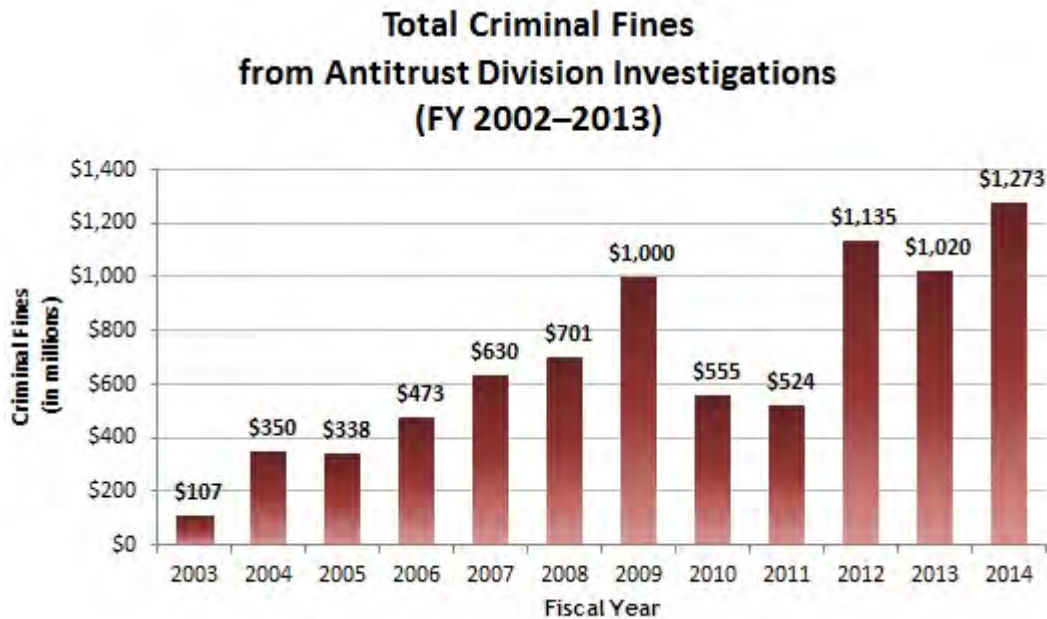
Por su parte, en los **Estados Unidos**, donde la pena máxima de cárcel por participar en cárteles es de hasta diez años y la multa a individuos de hasta un millón de dólares, el año 1999 puede decirse que marcó un hito⁶⁵ en la persecución internacional de los cárteles, y en concreto en el tratamiento

⁶⁴ CALLIARI, M.: "Criminalization of Cartels and Leniency: An Exercise in Complexity", *CPI Antitrust Chronicle*, September 2015 (1). Disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>

⁶⁵ Está perfectamente reflejado en el texto publicado por la División Antitrust del DOJ: Gary R. Spratling, *Negotiating the Waters of International Cartel Prosecutions - Antitrust Division Policies Relating to Plea Agreements in International Cases*, Speech Before the ABA Criminal Justice Section's Thirteenth Annual National Institute on White

de las conductas de fijación de precios como auténticos delitos, que se persiguen y sancionan con todo el rigor y dureza del ordenamiento penal.

Como se muestra en el siguiente gráfico⁶⁶, la cuantía de las sanciones es creciente:



En 2006 se evocó⁶⁷ por parte de las autoridades del DOJ ese año memorable, y lo cierto es que las cifras son abrumadoras, así como el hecho de que la persecución internacional de los cárteles por parte de la autoridad estadounidense no es ningún farol. Si en 1999 ningún directivo que no fuera americano había sido enviado a prisión por la División Antitrust del DOJ, en sólo siete años más tarde, más de veinte extranjeros -de Japón, Francia, Alemania, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza y el Reino Unido- habían cumplido condena en cárceles de EE.UU. por su participación en un cártel. Naturalmente, las cifras han seguido creciendo, y por ejemplo sólo en el año 2012 se han documentado 45 sentencias de cárcel con una media de cada una de más de dos años de prisión.

En **España**, esta posibilidad se ha apuntado tímidamente desde algún sector⁶⁸, pero no podemos decir si quiera que el debate esté abierto. Es cierto que los artículos 262 y 284 del Código Penal (*De la alteración de precios en concursos y subastas públicas y Alteración de precios*) tipifican el tradicional delito de "maquinación" para alterar el precio de las cosas -como se llamaba antes-, y podría perfectamente aplicarse a los cárteles empresariales, pero el hecho es que no consta una sola condena firme a una empresa o directivo por esta vía en nuestro derecho.

Collar Crime (Mar. 4, 1999). Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2275.htm> (última consulta el 20 de agosto de 2016)

⁶⁶ Fuente: <http://www.gibsondunn.com/publications/documents/2014-Year-End-Criminal-Antitrust-and-Competition-Law-Update.pdf> (última consulta el 24 de septiembre de 2016).

⁶⁷ HAMMOND, S.: "CHARTING NEW WATERS IN INTERNATIONAL CARTEL PROSECUTIONS", Presented By The ABA Criminal Justice Section, March 2, 2006. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/file/518446/download> (última consulta el 20 de agosto de 2016)

⁶⁸ MENDO ESTRELLA, A., "Capítulo 20. Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España", en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 815 a 844; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia penal», en SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R (Coord), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Ed. Colex (Madrid, 2008).

Aquí no pretendemos cerrar el debate, sino únicamente plantearlo, siendo plenamente conscientes de la complejidad e importancia -en esta esfera del ordenamiento, más que en los ámbitos civil o administrativo- de cuestiones como la proporcionalidad⁶⁹ de las penas, la salvaguarda de los derechos fundamentales del acusado y la observancia estricta de las garantías procesales que aseguren un trato justo.

Precisamente a este respecto, la observancia en los procedimientos sancionadores antitrust en la Unión Europea de estos derechos fundamentales y garantías procesales ha llevado al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre algunas de las cuestiones que hemos tratado en este trabajo.

En efecto, la cuestión sobre la observancia de las debidas garantías procesales, en la actualidad objeto de todo tipo de comentarios doctrinales⁷⁰ y análisis⁷¹, arrancó en 1974, a partir de la Sentencia *Nold*⁷², considerada como la pionera en reconocer el Tribunal de Justicia la necesidad de proteger los derechos fundamentales en el contexto de un procedimiento sancionador derivado de un ilícito anticompetitivo. En torno a la década de los años ochenta, cuando tuvieron lugar las primeras denuncias por entender que el sistema comunitario de aplicación del derecho de la competencia infringía el artículo 6 (1) de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), dado que la Comisión combinaba en un mismo órgano las funciones de fiscal y de juez, y su naturaleza administrativa distaba mucho de los rasgos jurisdiccionales que debería tener una institución que aplicaba un derecho sancionador.

Hacia mitad de la década del año 2000, se da comienzo a otra etapa diferenciada, y es cuando en las denuncias se hace referencia no ya a una violación de los derechos fundamentales por parte del “sistema” de aplicación del derecho de competencia como tal, sino en lo referente a los individuos en concreto. Esta última fase tiene su punto de partida en la adopción del Tratado de Lisboa, que prevé la adhesión de la propia Unión Europea al sistema de garantías de la CEDH, y la Sentencia *Menarini*⁷³, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que califica el derecho antitrust como de naturaleza cuasi-penal⁷⁴, debido –entre otros motivos- al sensible aumento del número y cuantía de las multas impuestas por ilícitos anticompetitivos.

En efecto, Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, la UE se ha adherido al CEDH. Esta adhesión⁷⁵ permitirá al TEDH controlar la conformidad de los actos de la UE con el CEDH, lo que contribuirá a reforzar la protección de los derechos fundamentales. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), texto complementario del anterior –y que no está incluida en el Tratado de Lisboa, simplemente se adjunta en forma de declaración- tiene por objeto proteger los derechos fundamentales de las personas frente a actos adoptados por las Instituciones de la UE y por los Estados miembros en aplicación de los Tratados de la Unión.

⁶⁹ Vid., por ejemplo, el cruce de comentarios doctrinales a este respecto en Richard Pike, Ankur Kapoor, Doug Rosenthal & James Ashe-Taylor: "On the Alleged Disproportionate Sentencing of Cartel Managers: A Response to Professor John M. Connor", *Competition Policy International*, September 2016. Disponible en: <http://www.competitionpolicyinternacional.com> (última consulta el 20 de septiembre de 2016).

⁷⁰ WILS, W.: “EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees” en *World Competition*, Vol. 34, n° 2, 2011, pp. 1-32.

⁷¹ LENAERTS, K.: “Due process in competition cases”, *1(5) Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, (2013) 175-182.

⁷² Sentencia de 14 de Mayo de 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 4/73, [1974] P-ECR 491, n° 13.

⁷³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de Septiembre de 2011, asunto *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*.

⁷⁴ Vid., a este respecto, el acertado análisis de BELLAMY, C.: “Menarini post ECHR and competition law: An overview of EU and national case-law” en *e-Competitions*, n° 47946, (5 Julio 2012).

⁷⁵ SÁNCHEZ-GRAELLS, A., ‘The EU’s Accession to the ECHR and Due Process Rights in EU Competition Law Matters: Nothing New Under the Sun?’ (2012), en: <http://ssrn.com/abstract=2156904>

Si esto es así en el ámbito de un proceso administrativo sancionador, tal como está configurado en la actualidad el *enforcement* antitrust en la UE, con más motivo habrá que garantizar los derechos y el *due process* en un eventual proceso penal por participación en conductas de fijación de precios. Como se ha señalado⁷⁶ acertadamente, al hilo de la amplia experiencia existente en el **Reino Unido**, esta criminalización de los cárteles no es tarea fácil, y exige al menos de cuatro requisitos esenciales:

- (i) legitimación de la propia criminalización de la conducta;
- (ii) resolver el conflicto con los programas de clemencia;
- (iii) disponer de los recursos adecuados por parte de la autoridad; y,
- (iv) cooperación internacional con otras jurisdicciones.

5. Valoración final y conclusiones

De todo lo dicho anteriormente, y a modo de valoración final de este trabajo sobre la persecución internacional de los cárteles, y haber recorrido -si quiera someramente- las cifras y tendencias que a este respecto se observan en una serie de países y jurisdicciones a lo largo de todo el mundo, oscilando entre esos dos "extremos" que constituyen los programas de clemencia, por un lado, y la criminalización de los cárteles, por otros, podemos extraer las siguientes conclusiones.

I. Los cárteles internacionales son el lado oscuro de la globalización; su impacto sobre el mercado en su conjunto, los precios finales pagados por los consumidores, la competitividad de las empresas y la eficiencia en las transacciones comerciales no puede ignorarse.

II. La concienciación sobre esta nocividad de esta peculiar práctica empresarial va en aumento, y su persecución constituye la principal prioridad de todas las autoridades antitrust a nivel global, señaladamente el DOJ en EE.UU. y la Comisión Europea en la UE, y como ellas toda una constelación de agencias nacionales e internacionales. La cooperación entre ellas se va también globalizando, a través de acuerdos bilaterales o instituciones como la ECN, la ICN, o la propia OCDE.

III. En el plano de la detección de los cárteles, los programas de clemencia han supuesto una herramienta de una efectividad sin precedentes, y hoy están implantados en prácticamente todos los países y jurisdicciones antitrust del mundo.

IV. Junto a los clásicos instrumentos de disuasión, como las sanciones económicas a las empresas, se van ensayando -con éxito- otros nuevos, como las sanciones personales a los directivos que han participado en un cártel. El reciente impulso a las acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos va a tener -pese a que no es ésa directamente su finalidad- un importante efecto disuasorio.

V. Finalmente, otros mecanismos en la lucha internacional contra los cárteles están todavía aún sin explorar (como la responsabilidad mercantil de los administradores) o en fase de pruebas (como la criminalización de las conductas de fijación de precios), esta última, con un contrastado éxito disuasorio en los países en los que está implantado el modelo, y escaso debate sobre su idoneidad en los países en los que no lo está.

⁷⁶ STEPHAN, A.: "Four key challenges to the successful criminalization of cartel laws", *Journal of Antitrust Enforcement* (2014) 2(2), pp. 333-362.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia” en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2009, pp. 1-35.
- ANDREAS, S.: "Survey of Public Attitudes to Price Fixing in the UK, Germany, Italy and the USA" (July 2015), *CCP Working Paper 15-8*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2642181>
- BARBIER DE LA SERRE, É. y LAGATHU, E.: “The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher” en *Journal of Competition Law & Practice*, 2013, Vol. 4, nº 4, pp. 1-20.
- BELLAMY, C.: “Menarini post ECHR and competition law: An overview of EU and national case-law” en *e-Competitions*, nº 47946, (5 Julio 2012).
- BORRELL, Joan-Ramon; JIMENEZ, Juan Luis y GARCÍA, Carmen, “Evaluating Antitrust Leniency Programs” (October 30, 2012), *XREAP No. 2012-01*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1993027>
- CALLIARI, M.: "Criminalization of Cartels and Leniency: An Exercise in Complexity", *CPI Antitrust Chronicle*, September 2015 (1). Disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>
- CALLOL, P., "La responsabilidad individual de directivos bajo el Derecho de Competencia". En: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/M4-04-pedro-callol.pdf
- CALLOL, P., "Sanciones personales a directivos por infracciones contra la competencia", *Expansión*, 17.03.2016, <http://www.expansion.com/juridico/opinion/2016/03/17/.html>
- CONNOR, J.M. (2014): “The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013”, *SSRN Working Paper*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2478271>
- CONNOR, John M., “Private International Cartels: A Concise Introduction” (November 12, 2014). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2523883>
- CONNOR, John M., *Cartel Amnesties Granted: Worldwide Whistleblowers*, Purdue University, 2008.
- CONNOR, John M.: "Cartel Detection and Duration Worldwide" (September 1, 2011), *Competition Policy International: Antitrust Chronicle* 2011 (2). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2229242>
- CONNOR, John M.: "The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013" (August 9, 2014). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2478271>

- DÍEZ ESTELLA, F., Capítulo 14, El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- EGER, T. y WEISE, P.: “Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler’s view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases” en *Global Competition Law Review*, nº 4, 2010, pp. 151-159.
- EMBID IRUJO, J.M.: *La Ley 31/2014 y el retorno de las normas imperativas*, 2014, disponible en: http://commenda.es/actualidad_interior/230/la-ley-312014-y-el-retorno-de-las-normas-imperativas.
- FERNÁNDEZ, C.: “Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, Editorial LA LEY, nº 29, 2012, pp. 11-22.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia penal», en SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R (Coord), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Ed. Colex (Madrid, 2008).
- HAMMOND, S.: “CHARTING NEW WATERS IN INTERNATIONAL CARTEL PROSECUTIONS”, Presented By The ABA Criminal Justice Section, March 2, 2006. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/file/518446/download>
- HARDING, C. y JOSHUA, J. (2010): *Regulating Cartels in Europe (Second Edition)*. Oxford University Press, Oxford, UK.
- HARRINGTON, J.E. (2012): “Endogenous Antitrust Enforcement in the Presence of a Corporate Leniency Program”, *Wharton School WP SES-0516*. Disponible en: <https://www.cemfi.es/ftp/pdf/papers/Seminar/Endogenous%20Antitrust.pdf>
- HIDALGO ROMERO, R.: "Los deberes y la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital no cotizadas en el proyecto de ley por la que se modifica la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2014.
- HOPT, KLAUS J., «Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance after Enron» (January 1, 2007), *After Enron, improving corporate law and modernising securities regulation in Europe and the U.S.*, pp. 445-496, J. Armour, J. A. McCahery, eds., Oxford (Hart), 2006; ECGI Law Working Paper No. 05/2002; ECGI Finance Working Paper. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=356102>.
- KLEIN, J., "THE WAR AGAINST INTERNATIONAL CARTELS: LESSONS FROM THE BATTLEFRONT", Presented at Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, New York, October 14, 1999 (el subrayado es nuestro). Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront>

- LAGUNA DE PAZ, J.C., "Capítulo 20. La infracción de las normas de defensa de la competencia como supuesto de responsabilidad de los administradores", en AA.VV. *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Ed. La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 787 a 793.
- LENAERTS, K.: "Due process in competition cases", *1(5) Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, (2013) 175-182.
- LOZANO MANEIRO, A., "Capítulo 18. La criminalización de los cárteles en la UE", en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 763 a 791.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F.: "¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española" en *Derecho de los Negocios*, nº 267, 2013, pp. 59-66.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F.: "Competition Law Private litigation in the Spanish Courts (1999-2012)", *Documento de Trabajo AJ8-22*, del Instituto de Empresa, de 26 de junio de 2013, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2351770>
- MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2006): "Do Developing Countries Need Competition Law and Policy?". Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=930562>
- MARTÍN DE PABLOS, M.A.: "¿Son demasiado altas las multas de Competencia?", en el blog *Hay Derecho*, 16 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://hayderecho.com/2015/09/16/son-demasiado-altas-las-multas-de-competencia/>
- MENDO ESTRELLA, A., "Capítulo 20. Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España", en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 815 a 844.
- PAZ-ARES, C.: "Anatomía del deber de lealtad. (Reflexiones a propósito del anteproyecto de reforma de la LSC)". En: *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*. AA. VV. (Dir. IBAÑEZ JIMENEZ, J.). Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor, 2014, p. 102.
- PIKE, R., et. al.: "On the Alleged Disproportionate Sentencing of Cartel Managers: A Response to Professor John M. Connor", *Competition Policy International*, September 2016. Disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com>
- RAMOS HERRANZ, I., "Capítulo 12. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y la condición de administrador para operaciones por cuenta propia o realizadas por personas vinculadas (artículo 227 LSC)", en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A. (Dir), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid 2015, pág. 460 y ss.
- RETORTILLO ATIENZA, O.: "Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles" en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, nº 8, 2011, pp. 221 a 232.

- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Las nuevas normas norteamericanas sobre transparencia de las sociedades cotizadas. La 2002 Sarbanes-Oxley Act», *Derecho de los Negocios*, nº 138, año 13, 2002, pp. 1-16.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, A., ‘The EU’s Accession to the ECHR and Due Process Rights in EU Competition Law Matters: Nothing New Under the Sun?’ (2012), en: <http://ssrn.com/abstract=2156904>
- SANTALÓ, J., “¿Qué podemos aprender del cártel de los sobres electorales? Más evidencia acerca de la necesidad de introducir mayores niveles de competencia en la economía española”, en el Blog *Nada es Gratis*, 30 de abril de 2013, disponible en: <http://nadaesgratis.es/santalo/que-podemos-aprender-del-cartel-de-los-sobres-electorales-mas-evidencia-acerca-de-la-necesidad-de-introducir-mayores-niveles-de-competencia-en-la-economia-espanola>
- SANTOS LORENZO, S. y TURNER-KERR, J.: “¿En estado de total subdesarrollo? la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España” en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 245, 2006, pp. 42-56.
- SIGNES DE MESA, J. I., «La sección 404 de la *Sarbanes-Oxley Act* y los controles internos financieros: un balance tras diez años de aplicación», *RDBB*, nº 28, octubre-diciembre 2012, pp. 161-182.
- STEPHAN, A.: "Four key challenges to the successful criminalization of cartel laws", *Journal of Antitrust Enforcement* (2014) 2(2), pp. 333-362.
- STEPHAN, A.: ‘Cartel Criminalisation: the role of the media in the “battle for hearts and minds”’ in C Beaton-Wells and A Ezrachi (eds.), *Criminalising Cartels: Unexplored Dimensions and Unforeseeable Consequences* (Hart Oxford, 2011).
- VELJANOVSKY, Cento, “European Commission Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2007,” *Case Associates*, 2007.
- VIVES, F.: «Propuesta de reforma legislativa en el estudio de la comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (I) y (II)», *El notario del sigloXXI*, noviembre-diciembre 2013 (nº 52) y enero-febrero 2014 (nº 53).
- WAKED, D.I. (2010): “Antitrust enforcement in developing countries: reasons for enforcement & non-enforcement using resource-based evidence”. 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1638874>
- WARDHAUGH, B., ‘A normative approach to the criminalization of cartel activity’ (2012) *Legal Studies* 32(3), pp. 369-395.
- WILS, W.: “EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees” en *World Competition*, Vol. 34, nº 2, 2011, pp. 1-32.