

Patricia Pérez Fernández*

LA IMPORTANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO —COMPLIANCE PROGRAMMES— EN LAS POLÍTICAS SANCIONADORAS DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

El conocimiento de las conductas ilícitas se dificulta en el ámbito del Derecho de la Competencia, al no establecerse las conductas ilícitas de forma concreta o taxativa como ocurre, por ejemplo, en la normativa penal, sino a través de cláusulas más generales. Este hecho, junto con la obligación legal relativa a que las empresas tienen que cumplir la normativa de defensa de la competencia, otorga a los programas de cumplimiento en esta materia una gran relevancia, máxime cuando a través del Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, se introduce un principio genérico de exención legal en la normativa procesal de defensa de la competencia. La cuestión que se plantea en la práctica es si las autoridades de competencia deberían reducir el importe de la multa en los supuestos en que algún miembro de una empresa hubiese vulnerado la normativa de defensa de la competencia, a pesar de tener implementado un programa de cumplimiento en esta materia a nivel corporativo.

Palabras clave: Derecho de la Competencia, programas de cumplimiento, responsabilidad de personas jurídicas, programas de clemencia, importe de las multas.

Clasificación JEL: K14, K21, K40, K42.

* Universidad de Castilla-La Mancha e Instituto Max-Planck.

Este artículo fue escrito siendo becaria del Instituto Max-Planck de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia en Múnich, Alemania. Una versión previa del mismo fue seleccionada por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el marco del *call for papers* publicado con motivo del 50 aniversario de la normativa de defensa de la competencia en España y expuesto en público el 18 de julio de 2013 en la sede de la CNC en Madrid. La autora desea manifestar su expreso agradecimiento por los comentarios recibidos a una versión previa de este trabajo por la profesora María Ángeles Alcalá Díaz (catedrática acreditada de Derecho Mercantil, Universidad de Castilla-la Mancha) y por los profesores Francisco Marcos Fernández (professor of Law, IE University) y Adán Nieto Martín (catedrático de Derecho Penal, Universidad de Castilla-la Mancha).

1. Introducción

Los programas de cumplimiento, conocidos por su denominación anglosajona *compliance programmes*, han adquirido en la práctica empresarial cierta importancia en el sector normativo de la defensa de la competencia. Como tal se entienden las medidas adoptadas en el seno de una empresa o grupo de empresas, con el fin de informar e instruir a los miembros de la misma (directivos y trabajadores) sobre las conductas anticompetitivas pro-

hibidas, así como para evitar la vulneración de dichas prohibiciones. En términos generales, su función es la de controlar y vigilar el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia. Este tipo de programas han ganado en importancia debido a la introducción, a través del artículo 1 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, de un principio general de exención legal, en contraposición con el anteriormente vigente principio de autorización previa, por el que era necesario una declaración administrativa de la Comisión Europea o bien una norma *ad hoc* (Reglamentos de exención por categorías) que declarara la licitud de un determinado comportamiento empresarial. En este sentido, los artículos 4.1 y 5.1 del Reglamento 17/1962 establecían un sistema de control centralizado preceptivo, por el que los acuerdos susceptibles de limitar y/o afectar al comercio intracomunitario debían ser notificados a la Comisión si se pretendían beneficiar de una exención. La supresión de este sistema, como consecuencia de la aplicabilidad del Reglamento 1/2003 a partir del 1 de mayo de 2004, atribuye a las empresas la responsabilidad de informarse acerca de las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la vulneración de la normativa de defensa de la competencia.

Este tipo de programas adquieren una importancia destacada teniendo en cuenta que la vulneración de la normativa de defensa de la competencia puede tener importantes consecuencias jurídicas y económicas para los infractores. Así lo demuestra la evolución de las sanciones pecuniarias impuestas y su cuantía, que ha ido creciendo: entre los años 2000 y 2010 se multaron cárteles en Estados Unidos y en la Unión Europea por una cuantía superior a 4,6 billones de dólares y 13 billones de euros, respectivamente. Durante este período se impusieron asimismo en Estados Unidos penas privativas de libertad a más de 200 ejecutivos que habían participado en cárteles, con penas que de media llegaban a los tres años. En esta misma línea, en España, la Comisión Nacional de la Competencia

impuso durante el bienio 2011-2012 multas por un importe superior a 242.000.000 de euros, siendo el 68 por 100 multas derivadas de cárteles (más de 180.000.000 de euros)¹. Estos datos muestran que no es un hecho baladí que las empresas inviertan tiempo y dinero en intentar evitar ilícitos anticompetitivos, considerando los efectos que se derivan de dichos comportamientos.

Teniendo en cuenta las prioridades que parecen tener estas autoridades a la hora de sancionar los acuerdos colusorios entre competidores (*hard core cartels*), cabe preguntarse por la razón de la creciente importancia mundial que ha adquirido precisamente esta lucha frente a los cárteles, junto con las elevadas multas, no han logrado un mayor efecto disuasorio a la hora de evitar nuevos cárteles. La respuesta económica a este surgimiento de nuevos cárteles se encuentra en que, salvo en los supuestos en que sean descubiertos y sancionados de forma severa con el fin de privar al infractor de las ganancias ilegalmente obtenidas, este tipo de infracciones benefician a las empresas, aumentando las ganancias o reduciendo las pérdidas. Lo cierto es que en la práctica resulta muy difícil predecir la probabilidad de detección de este tipo de acuerdos —secretos— por parte de las autoridades de competencia. En consecuencia, se plantea la cuestión relativa a las medidas adicionales que se podrían implementar para evitar el surgimiento de nuevos cárteles, teniendo en cuenta que conllevan generalmente las mencionadas importantes ganancias para las empresas que han participado en los mismos, perjudicando al mismo tiempo a los consumidores.

Dentro de estas posibles medidas adicionales se sitúan los programas de cumplimiento (*compliance programmes*) en materia de defensa de la competencia. Un programa de cumplimiento fuerte en materia de defensa de la competencia puede resultar clave para evitar comportamientos anticompetitivos, siempre que

¹ Datos obtenidos de la Memoria de Actividades 2011-2012 de la Comisión Nacional de la Competencia, disponible en www.cncompetencia.es (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

sea configurado teniendo en cuenta las características específicas de la empresa, como el tamaño, sector en que opera, y siempre que, obviamente, se cumplan. Además, el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia no constituye únicamente una obligación legal, sino que puede tener un impacto positivo en la imagen que tenga una determinada empresa frente a los consumidores o adquirentes de los bienes o servicios que la misma ofrece, resultando ser, en la práctica, una ventaja competitiva reputacional frente a otras empresas que no hubiesen implementado un programa de estas características.

Cabe plantearse si la implementación de estos programas debería tenerse en cuenta para reducir (o incluso suprimir) la multa derivada de un cártel en aquellas empresas que hubieran adoptado un programa de estas características en el caso de haber vulnerado —a pesar de dicho programa— el Derecho de la Competencia. Igualmente se podría cuestionar si estos programas únicamente han de valorarse en aquellos supuestos en los que las empresas tuviesen implementado un programa de cumplimiento con anterioridad a la comisión del ilícito anticompetitivo o lo hagan con posterioridad. Estas cuestiones se abordarán en el contexto de los amplios debates que han ido surgiendo sobre el particular.

En este artículo se analizan las aportaciones realizadas a estas cuestiones desde una perspectiva europea, tanto por la Comisión como por los tribunales comunitarios, así como en las políticas sancionadoras en materia de defensa de la competencia de algunos Estados miembros. Se aborda, asimismo, en dicho análisis la relevancia que se le ha otorgado a los programas de cumplimiento en el ámbito penal. Se concluye, desde un punto de vista de política legislativa y con el fin de coadyuvar a la promoción de la defensa de la libre competencia en España, que resulta conveniente considerar un programa de cumplimiento preexistente a la hora de calcular el importe de la multa que, en su caso, se imponga como consecuencia de un comportamiento anticompetitivo.

2. La irrelevancia para la Comisión Europea y los tribunales comunitarios de los programas de cumplimiento en materia de Defensa de la Competencia en el cálculo del importe de las multas

Comisión Europea

La Comisión Europea no ha tenido en cuenta los *compliance programmes* preexistentes en el momento en que aprecia que se ha cometido el ilícito anticompetitivo para reducir en su caso la multa a imponer². Este proceder, sin embargo, supone un cambio de criterio, ya que la Comisión sí tuvo en cuenta en siete decisiones, dictadas durante el período entre 1982 y 1992, que las empresas afectadas hubieran incorporado en su estructura un programa de cumplimiento después de iniciar la Comisión sus investigaciones a la hora de fijar el importe de la multa. La diferencia clave se encuentra, por tanto, y según las decisiones de la Comisión Europea, en el momento en que la empresa hubiese adoptado el programa de cumplimiento, teniendo en cuenta que la Comisión sí valoró de forma positiva la preocupación de las empresas por evitar ilícitos anticompetitivos, una vez que se habían iniciado las investigaciones *ex officio*.

De acuerdo con la postura actual de la Comisión Europea, los esfuerzos y medios preventivos de las empresas con el fin de evitar vulneraciones de la normativa de defensa de la competencia no deben ser valorados ni positiva ni negativamente en relación a la posible multa que se pueda derivar del ilícito anticompetitivo causado por algún directivo o empleado de la empresa. Además de señalarlo claramente en el folleto y a través de las declaraciones citadas del Comisario responsable en materia de competencia, también en

² Así lo ha afirmado la Comisión Europea en el folleto que publicó el 24 de noviembre de 2011, titulado «Compliance matters- What Companies Can Do Better to Respect EU Competition Rules», disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/> (en español, vid. sobre todo pp. 18 y 19, última consulta: 25 de septiembre de 2013).

decisiones recientes la Comisión ha dejado clara su postura de acoger con agrado la implementación de este tipo de programas de cumplimiento, recordando, sin embargo, también su deber de sancionar la conducta ilícita con independencia de este hecho³.

En conclusión puede afirmarse que la Comisión no tiene en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento en materia de competencia como factor decisivo a la hora de fijar la cuantía de una multa que se derive, en su caso, de un comportamiento anticompetitivo. La Comisión ha enumerado algunas características que considera de importancia para que un programa de cumplimiento resulte exitoso en la práctica. Entre ellas se incluye la definición de una estrategia clara, adaptada a las características del mercado y a la actividad ejercitada por una determinada empresa; una evaluación general y específica (para cada empresa) de riesgos; un reconocimiento oficial de la política de cumplir la normativa de defensa de la competencia por los directivos y los trabajadores de la empresa; continuas actualizaciones y cursos de formación en esta materia, así como controles o auditorías relativas al cumplimiento efectivo.

El resultado final de la política seguida por la Comisión coincidirá en la mayoría de los casos con la opinión defendida por la División Antitrust del US Department of Justice, quien aplica las US Sentencing Guidelines a la hora de fijar la cuantía de las multas. En estas *Guidelines* se prevé que la cuantía de las multas a las empresas podrá ser reducida si la empresa tenía implementado, con anterioridad al hecho ilícito por tanto, un «*compliance programme* efectivo». Esta reducción sin embargo no será aplicable si el «personal de alto nivel» o el personal con una «autoridad sustancial» dentro de la empresa

han sido partícipes de la conducta anticompetitiva. En la práctica es muy probable que esto ocurra, ya que las categorías mencionadas incluyen a aquellos individuos que puedan actuar de forma más o menos discrecional dentro de la empresa, es decir, aquellos que tengan capacidad para firmar contratos importantes o para fijar los precios⁴.

Tribunales comunitarios

Siguiendo la opinión de la Comisión Europea, en un primer momento el Tribunal General aceptó que los programas de cumplimiento beneficiaran a las empresas afectadas reduciendo el importe de la multa a la que tenían que hacer frente una vez probada la vulneración de la normativa de defensa de la competencia⁵. Sin embargo, a raíz de cambiar la Comisión de opinión y defender que los esfuerzos de la empresa por evitar los ilícitos anticompetitivos a través de programas de cumplimiento no deben considerarse en el importe de la multa, el Tribunal comunitario se ha sumado a esta doctrina en sus Sentencias más recientes⁶. En esta línea, el Tribunal General añade que el hecho de que con anterioridad la Comisión

⁴ Vid. el Capítulo octavo, titulado «Sentencing of Organizations», del *Guidelines Manual* de la *United States Sentencing Commission* de 2012, disponible en http://www.ussc.gov/Guidelines/2012_Guidelines/index.cfm (última consulta: 25 de septiembre de 2013). Vid. especialmente el § 8A 1.2, donde se explica qué sujetos habrán de incluirse en el «High-level Personnel of the Organization» y como «Substantial Authority Personnel». Vid. también el § 8C 2.5, donde se explica qué se entenderá por «Effective Compliance and Ethics Program». El Capítulo octavo del *Guidelines Manual* está disponible en http://www.ussc.gov/Guidelines/2012_Guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013). Vid. también el discurso pronunciado por KOLASKY, W. J.: «Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective», el 12 de julio de 2002 en San Francisco. El discurso está disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224389.pdf> (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

⁵ En los supuestos, recordemos, en los que la empresa había implementado un *compliance programme* con posterioridad al inicio de las investigaciones por parte de la Comisión. Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 1994, caso *Parker Pen*, asunto T-77/92, apartado 93.

⁶ Vid. Sentencias del Tribunal General de 11 de diciembre de 2003, caso *Strintzis Lines SA*, asunto T-65/99, apartado 29; la de 9 de julio de 2003, caso *Midland*, asunto T-224/00, apartado 280; la de 26 de abril de 2007, caso *Bolloré*, asuntos acumulados T-109/02 y otros, apartado 653. Vid. también la Sentencia de 8 de julio de 2008, caso *BPB*, asuntos acumulados T-50/03 y otros, apartado 423.

³ Vid. en este sentido las Decisiones de la Comisión de 18 de julio de 2001, caso *Graphite electrodes*, (2002) L 100/1, apartado 194, afirmando que «The Commission welcomes the fact that after the cartel investigations UCAR conducted an internal investigation and set up a compliance programme. This initiative however cannot dispense the Commission from its duty to sanction the very serious infringement of competition rules that UCAR committed in the past». En sentido similar se ha pronunciado en sus Decisiones de 31 de mayo de 2006, caso *Methacrylates*, (2006) L 322/20, apartado 19 y de 21 de febrero de 2007, caso *PO vs. Elevators and escalators* [C (2007) 512 final] COMP/E-1/38.823, apartado 754.

Europea hubiese considerado en algunos supuestos la implementación de programas de cumplimiento como atenuantes no implica que esté obligada a proceder del mismo modo en todos los supuestos⁷.

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aludido a la irrelevancia de los *compliance programmes* en relación a las posibles multas a imponer a las empresas, confirmando la opinión del Tribunal General relativa a que este tipo de programas no cambian la realidad de la infracción y no ha de significar en la práctica que la Comisión los tenga en cuenta como circunstancias atenuantes⁸.

3. Críticas a la irrelevancia actual en el poder ejecutivo y judicial comunitario

Possible vulneración del principio de culpabilidad

La práctica descrita de la Comisión Europea y de los Tribunales comunitarios, de acuerdo con la que una empresa ha de responder por el ilícito anticompetitivo de igual forma, con independencia de que haya implemen-

tado con anterioridad a la conducta ilícita un programa de cumplimiento, podría vulnerar el principio de culpabilidad previsto en el artículo 23.2 del Reglamento 1/2003⁹. Partiendo de este régimen de responsabilidad «automática», ni la Comisión Europea, ni los Tribunales comunitarios entran a valorar si la empresa en cuestión ha incumplido la normativa de defensa de la competencia de forma deliberada o por negligencia, vulnerando así el artículo 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, así como el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estos preceptos resultan aplicables a las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos, teniendo en cuenta que, como ha confirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estas sanciones poseen una naturaleza jurídico-penal¹⁰ y que, aunque pueden ser impuestas por una autoridad administrativa, en su caso han de ser revisadas por un tribunal independiente, que además está dotado de jurisdicción plena¹¹. Las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos se rigen, por tanto, por el principio de responsabilidad personal, diferenciándose esencialmen-

⁷ Vid. Sentencia del TG de 9 de julio de 2003, caso *Midland*, asunto T-224/00, apartado 280.

⁸ Vid. en este sentido la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2005, caso *Dansk Rørindustri* y otros, asuntos acumulados C-189/02 y otros, apartado 373 y ss, en el que afirma literalmente que «en efecto, el Tribunal de Primera Instancia no cometió error de Derecho alguno al estimar en el citado apartado de dicha sentencia que, aunque era sin duda importante que LR A/S hubiera tomado medidas para impedir que los miembros de su personal cometieran en el futuro nuevas infracciones del Derecho comunitario de la competencia, este hecho en nada cambiaba la realidad de la infracción que había quedado probada en el caso de autos. El Tribunal de Primera Instancia actuó legítimamente al concluir que tal circunstancia no constituía, en sí, una circunstancia atenuante que obligase a la Comisión a reducir el importe de la multa a dicha recurrente». Sin embargo hay que afirmar también, frente a estas aparentemente claras e inamovibles posturas de los tribunales comunitarios, que la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Juliane Kokott ha afirmado que la cuestión relativa a si el TJUE podrá tener en cuenta los *compliance programmes* que hubiese implementado una empresa matriz y considerar por tanto que ha intentado evitar la posible conducta anticompetitiva de la filial y que no por poseer el 100 por 100 debe ser considerada responsable del hecho ilícito es una cuestión «aún incierta». Vid. KOKOTT, J. y DITTERT, D. (2012): «Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte» en *Wirtschaft und Wettbewerb*, n.º 7, pp. 670-683, p. 678.

⁹ El principio de culpabilidad se contiene en el artículo 23.2 del Reglamento 1/2003 señalando este precepto claramente que «Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia: (...)» Vid. en este mismo sentido GEHRING, S., KASTEN, B. y MÄGER, T. (2013): «Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften» en *Corporate Compliance Zeitschrift. Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen*, n.º 1, pp. 1-40, p. 4 y THOMAS, S. (2011): «Der Schutz des Wettbewerbs in Europa- welcher Zweck heiligt die Mittel?» en *Juristenzeitung*, pp. 485-495, p. 483.

¹⁰ Así también lo ha señalado el Abogado General (AG) Sr. Yves Bot en el apartado 49 de sus Conclusiones en el Asunto C-352/09 P, caso *Thyssen Krupp Nirosta GmbH vs. Comisión Europea*, presentadas el 26 de octubre de 2010. En el apartado 161, al no compartir el planteamiento de la Comisión, el AG afirma más concretamente que «la Comisión vulnera el principio de responsabilidad personal y su corolario, el principio de personalización de las penas y de las sanciones, en el que se basa la imputabilidad de las prácticas colusorias ilícitas». Además, recuerda el AG que estos principios «constituyen garantías fundamentales del Derecho punitivo». El principio de responsabilidad personal prevé que solo se es responsable de los actos propios, mientras que el principio de personalización de las penas significa que solo se puede imponer una pena al culpable.

¹¹ Vid. la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, arrêt Strasbourg, en el asunto *Affaire A. Menarini Diagnostics s.r.l. contra Italia* (requête n. 43509/98), apartado 44. La Sentencia está disponible en <http://es.scribd.com/doc/67594593/ECHR-Diagnostics> (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

te de las obligaciones en el ámbito del Derecho Privado, y conlleva que en el cálculo de las multas se deban de tener en cuenta factores como el volumen de negocios de la empresa que es sancionada, la posible concurrencia de atenuantes o agravantes, así como, especialmente, la gravedad del comportamiento ilícito, de acuerdo con el artículo 23.3 del Reglamento 1/2003¹². En conclusión, ni la Comisión ni los Tribunales comunitarios valoran si en un supuesto determinado concurren los presupuestos subjetivos de culpa o negligencia, sino que únicamente tienen en cuenta la concurrencia de un comportamiento anticompetitivo.

La incompatibilidad con un fortalecimiento de la función preventiva o disuasoria del Derecho de la Competencia: la posible disfunción entre los programas de clemencia y los *compliance programmes* a la hora de incentivar el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia

Una de las funciones esenciales de las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos es la prevención o disuasión de futuras conductas que puedan vulnerar la normativa de defensa de la competencia. Al no tener en cuenta los *compliance programmes* para el cálculo del importe de la multa de la empresa infractora no se cumple, de manera totalmente satisfactoria, con su función preventiva. Es decir, para optimizar la función disuasoria, tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios deberían replantearse su política de rechazo con el fin de crear mayores incentivos para evitar nuevas conductas anticompetitivas, ya que a través de la implementación de un programa de estas características en el seno de una empresa se consigue que todos los miembros de la misma tengan conocimiento acerca de las conductas prohibidas. El hecho de no tener en cuenta los programas de cumplimiento de cara a la imposición de

la multa desincentiva la implementación de un programa de estas características en el seno de una empresa y lanza, a su vez, un mensaje contradictorio con lo que ocurre *de lege lata* en la normativa penal¹³.

En este sentido, en relación a si estos programas deben ser tenidos en cuenta a la hora de sancionar un comportamiento anticompetitivo y —en su caso— en qué medida, hay dos puntos de partida.

En primer lugar se ha defendido que la imposición de una multa administrativa como consecuencia del ilícito anticompetitivo puede ser excluida, siempre y cuando esta vulneración de la normativa de defensa de la competencia se hubiese derivado a su vez de la violación del programa de cumplimiento, considerando por tanto que la empresa o, mejor dicho, el equipo directivo o la persona encargada de vigilar el cumplimiento no son imputables¹⁴. En otros casos se ha mantenido que en la valoración de la conducta y, por tanto, en el cálculo del importe de la multa, se podrían valorar los programas de cumplimiento de forma positiva como circunstancia atenuante. La primera interpretación es difícil de sostener, puesto que equivaldría a afirmar que por haber invertido dinero y medios en diseñar e incorporar en el seno de la empresa un programa de cumplimiento bien estructurado y efectivo la empresa queda exenta de pagar cualquier multa y no podrá ser sancionada, por muy grave que hubiese resultado su conducta, en atención a las restricciones a la libre competencia que se derivan de la misma y los daños y perjuicios causados¹⁵. La segunda opción es, en cambio, la vía intermedia entre la exención total de la multa y la ausencia de cualquier respuesta por parte de la autoridad competente y es la mejor opción para incentivar que las empresas adopten *compliance programmes* en materia de competencia, fomentando

¹² Vid. en relación con la aplicación del principio de culpabilidad a las empresas, extensamente, NIETO, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, pp. 115 y ss.

¹³ Vid. *Infra* IV. 1.

¹⁴ Vid. en este sentido KASTEN, B.: «Kartellrechtscompliance»... *op. cit.*, p. 132.

¹⁵ De acuerdo con esta primera interpretación nos tendríamos que olvidar, por tanto, de la función punitiva que tienen las multas en materia de competencia y esto es difícilmente aceptable en la práctica, ya que lo cierto es que se ha falseado o restringido la libre competencia.

y favoreciendo así un entorno competitivo en los distintos sectores económicos.

La valoración de los programas de cumplimiento puede influir en el adecuado funcionamiento de los programas de clemencia. De no tener en cuenta este tipo de programas como atenuante, tal y como sucede en la actualidad, se puede generar en la práctica una situación de tensión en relación con los programas de clemencia¹⁶, a los que también podrán acudir las empresas que, de forma deliberada o por negligencia, hubiesen participado en un cártel. Parece, al menos, que podría existir una valoración contradictoria si se prevé *de lege lata* la posibilidad de una reducción o incluso exención de la multa para aquellas empresas que vulneran la normativa y *a posteriori* acuden a la autoridad administrativa haciendo uso de un programa de clemencia, pero no para aquellas que *a priori* han invertido una cantidad importante de dinero y medios en la prevención de comportamientos anticompetitivos¹⁷. Además hay que tener en cuenta que las solicitudes de clemencia, que en la práctica resultan exitosas, presuponen que la empresa le ha trasladado a la autoridad de competencia información destacada relativa a la participación en el cártel. Las empresas que incorporan un programa de cumplimiento advierten periódicamente¹⁸ a sus trabajadores acerca de las consecuencias jurídicas graves que se derivan de la participación en un cártel. Esto podría significar una importante desventaja en relación al aprovechamiento de los programas de clemencia para la empresa, ya que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, en el que los particulares también se pueden ver

beneficiados por un programa de clemencia, los trabajadores de la empresa que hubiesen participado en la conducta anticompetitiva podrían hacer uso a título individual de dichos programas, al estar mejor informados —a través de los programas de cumplimiento— de las consecuencias jurídicas de su comportamiento. En el caso de que fuese un miembro del equipo directivo el que hubiese participado en la conducta anticompetitiva podría contrarrestarse este efecto teniendo en cuenta la posibilidad que establece el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para sancionar a las personas físicas que integran los órganos directivos de una empresa¹⁹.

Parece contradictorio premiar el hecho de acudir a un programa de clemencia pudiendo llegar a eximir a la empresa por completo de tener que hacer frente a una multa por su comportamiento anticompetitivo²⁰ y ni siquiera contemplar la posibilidad de meramente reducir la cuantía de la multa de una empresa que, a pesar de hacer todo lo posible por evitar la participación de sus trabajadores en un cártel, se ve envuelta en un cártel a través del comportamiento ilícito de alguno de dichos trabajadores. De este modo se podría desincentivar de forma importante cualquier esfuerzo por parte del equipo directivo por evitar que los miembros de su empresa participen en una conducta anticompetitiva. Además, un programa de cumplimiento activo y efectivo significa en la práctica que todos los miembros de la empresa tienen —en teoría— conocimiento de las conductas prohibidas y de sus correspondientes consecuencias jurídicas, de acuerdo con el Derecho comunitario y el español de de-

¹⁶ Vid. también DREHER, M. (2004): «Kartellrechtscompliance. Voraussetzungen und Rechtsfolgen unternehmens-oder verbandsinterner Maßnahmen zur Einhaltung des Kartellrechts» en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, nº 1, pp. 75-106, p. 88.

¹⁷ Esto resulta únicamente de aplicación en los supuestos de programas de cumplimiento bien estructurados y efectivamente seguidos en la práctica y en los que no ha intervenido ningún miembro del equipo directivo en el comportamiento ilícito, ya que en este supuesto el programa de cumplimiento ha fallado claramente.

¹⁸ No se puede olvidar que el seguimiento regular y la actualización de un programa de estas características resulta esencial.

¹⁹ Hasta ahora la CNC ha hecho uso en una única ocasión de este artículo que permite la imposición de multas de hasta 60.000 euros a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de las empresas o asociaciones responsables de las conductas anticompetitivas, imponiendo el 28 de septiembre de 2012 una multa personal de 50.000 euros a D. Joan Gaspart Solves, Presidente del Consejo de Turismo de la CEOE, por unas declaraciones realizadas el 19 de enero de 2011, en las que puso de manifiesto la necesidad de subir los precios de los hoteles en España en el año 2011. La declaración fue reiterada el 26 de enero de 2011, en el marco de una entrevista en la que cuantificaba el incremento de precios recomendado en un 6-7 por 100.

²⁰ Vid. en este sentido KASTEN, B.: «Kartellrechtscompliance»... *op. cit.*, p. 137.

fensa de la competencia, y se elimina casi por completo la posibilidad de que se vulnere la normativa de defensa de la competencia «por negligencia». Es decir, la empresa infractora que hubiese implementado un programa de cumplimiento no podría argumentar que la infracción se cometió por negligencia y, en consecuencia, no se podría beneficiar de una atenuante expresamente mencionada en las Directrices para el cálculo de las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos publicadas por la Comisión Europea²¹. Los esfuerzos por evitar y prevenir las conductas anticompetitivas convertirían cualquier posible infracción (en caso de que fallara el programa de cumplimiento) en «deliberada» y, en conclusión, harían que el hecho de haberse preocupado por elaborar dicho programa se convierta en una desventaja para la empresa. Este hecho puede desincentivar la adopción de programas de cumplimiento en esta materia y que el equipo directivo de una empresa se preocupe de promover el respeto de las normas de libre competencia en el seno de la misma²². De ahí que parezca más conveniente, con el fin precisamente de promover el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, contemplar la existencia de programas de cumplimiento como atenuantes a la hora de calcular la cuantía de la multa, para así impulsar la puesta en marcha, por parte del equipo directivo de la empresa, de medidas efectivas destinadas a garantizar dicho cumplimiento normativo. La única excepción a dicha consideración como atenuante se observaría en el supuesto en que la conducta anticompetitiva hubiese sido llevada a cabo por algún representante legal o miembro del equipo directivo de la empresa o de la asociación de empresas, ya que se trata de los responsables que deciden sobre la implementación de un pro-

grama de estas características en el seno de la empresa. Por tanto, se estarían contradiciendo si implementan por una parte un programa para evitar los comportamientos anticompetitivos por parte de los demás miembros y trabajadores de la empresa y, por otra, vulneran ellos mismos la normativa participando en un acuerdo colusorio, y en este caso no parece justo que se puedan beneficiar de una atenuante en el importe de la multa.

4. Los programas de cumplimiento en otros sectores del ordenamiento jurídico y en algunas normativas de defensa de la competencia nacionales

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En especial, medidas anticorrupción

En los últimos años se ha observado el desarrollo de medidas que tienen en cuenta la adopción de programas de cumplimiento a la hora de castigar penalmente una conducta. Estas medidas se han implantado en diversos ordenamientos jurídicos que prevén un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas²³, en especial, en relación con las medidas anticorrupción.

Como primer ejemplo cabe citar la normativa contra los sobornos promulgada en 2010 en Reino Unido (*UK Bribery Act 2010*)²⁴, que prevé la posibilidad de que las empresas se defiendan de acusaciones de corrupción si con anterioridad al hecho delictivo poseían procedimientos o mecanismos adecuados para evitar dichos sobornos [sección 7 (2) de la Ley]. Con el fin de que las empresas que puedan verse sancionadas no tengan que valorar ellas mismas qué se puede entender como «procedimientos» o «medidas adecuadas» para evitar que sus trabajadores sean sobornados, señala la Sección

²¹ Vid. Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento 1/2003, del 1 de septiembre de 2006 (2006/ C 210/ 02), apartado B 29. Disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:ES:PDF> (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

²² En relación a la importancia que tienen los *compliance programmes* para promover una ética empresarial de cumplimiento de la normativa vid. NIETO, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, pp. 215 y ss.

²³ En estos ordenamientos jurídicos cabe una sanción penal tanto para los individuos que han realizado un comportamiento delictivo como para las empresas en sí. Vid. ampliamente en NIETO, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas... op. cit.*

²⁴ El texto de la *Bribery Act* de 2010 está disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

9 (1) de la misma Ley que el *Secretary of State* deberá publicar orientaciones relativas a qué tipo de medidas cabe incluir como adecuadas para evitar sobornos y que, en consecuencia, puedan ser consideradas como circunstancias atenuantes de la sanción penal²⁵. En este marco, el Ministerio de Justicia ha publicado una guía destacando seis principios preventivos básicos que las empresas han de observar si quieren beneficiarse de la mencionada atenuante y que hacen referencia a factores como *proportionate procedures, top-level commitment, risk assessment, due diligence, communication (including training) monitoring and review*.

También la normativa italiana en este ámbito prevé medidas para incentivar la adopción de programas de cumplimiento preventivos, teniéndolos en cuenta a la hora de determinar la sanción penal. En este sentido señala el artículo 5 del Decreto Legislativo nº 231, de 8 de junio de 2001²⁶, la responsabilidad de las empresas por determinados delitos cometidos por sus equipos directivos, representantes o un miembro de la empresa que debía ser vigilado por el directivo²⁷ (especialmente en supuestos de corrupción, pero también resulta aplicable a otros delitos societarios), siempre y cuando el comportamiento delictivo se hubiese producido en interés de la empresa o para su propio beneficio (*nel suo interesse o a suo vantaggio*)²⁸. A continuación se prevé no obstante la posibilidad de eximir la responsabilidad penal de la empre-

sa, si logra probar que, en el momento de tener lugar la conducta ilícita, la empresa había incorporado y seguido un programa de cumplimiento (*modelli di organizzazione*) en esta materia²⁹. Para eximir de dicha responsabilidad penal a la empresa, el Decreto legislativo enumera con detalle las distintas exigencias, diferenciando entre si el sujeto activo del hecho delictivo ha sido un miembro del equipo directivo o tenía un puesto de responsabilidad (artículo 6) o si se trata de un incumplimiento en la vigilancia con respecto a personal subordinado de la empresa (artículo 7). En ambos supuestos la empresa ha de probar que su programa de cumplimiento era esencialmente adecuado para prevenir los comportamientos delictivos que posteriormente tuvieron lugar³⁰. En el supuesto de los miembros de la empresa que sean directivos o que tengan otro puesto de responsabilidad en el seno de la empresa, prevé además el artículo 6.1 c) del Decreto Legislativo nº 231 que se deberá probar también que el delito ha tenido lugar por «evadir fraudulentamente» el programa de cumplimiento.

En Estados Unidos tanto la Securities and Exchange Commission (SEC) como el Ministerio de Justicia tienen en cuenta la existencia y eficacia de *compliance programmes* a la hora de aplicar la normativa federal anticorrupción (U. S. Foreign Corrupt Practices Act, FCPA³¹). En este caso reconocen ambas autoridades que el hecho de que en la práctica tenga lugar un comportamiento delictivo no ha de significar automáticamente que carezcan de relevancia los esfuerzos preventivos en relación a la responsabilidad penal de la empresa. Existen ya supuestos de aplicación efectiva de estos principios enunciados por las autoridades estadounidenses, como por ejemplo en el caso de la entidad financiera Morgan Stanley, que ha estado envuelta en un proceso por eva-

²⁵ La Section 9 (1) señala literalmente que «the Secretary of State must publish guidance about procedures that relevant commercial organisations can put in place to prevent persons associated with them from bribing as mentioned in section 7(1)».

²⁶ El Decreto legislativo nº 231, de 8 de junio de 2001, está disponible en <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm> (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

²⁷ Este precepto resulta aplicable especialmente en supuestos de corrupción, pero también en relación a otros delitos societarios. Sobre la determinación de la responsabilidad de la empresa en la normativa italiana y los delitos en los que este Decreto legislativo resulta aplicable vid. NIETO, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op. cit., pp. 194-199 y PERA, A. y PISANELLI, G. C. (2013): «Prevention of Antitrust Violations: Which Role for Compliance Programmes?» en *European Competition Law Review*, nº 5, Vol. 34, pp. 267-273, p. 272.

²⁸ El artículo 5.2 del Decreto legislativo nº 231 advierte que la empresa no deberá responder cuando el directivo o representante hubiese actuado exclusivamente en interés propio o de terceros.

²⁹ El artículo 6.3 del Decreto legislativo nº 231 prevé además la posibilidad de que las empresas adopten programas de cumplimiento basados en los códigos de conducta elaborados por asociaciones y que han sido aprobados también por el Ministerio de Justicia u otros Ministerios competentes.

³⁰ Vid. los artículos 6.1. a) y 7.2 del Decreto Legislativo nº 231.

³¹ El texto de la Ley está disponible en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/> (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

dir los controles internos establecidos en la FCPA y que fue eximida de responsabilidad penal a nivel corporativo. En este caso se tuvo en cuenta que Morgan Stanley había incorporado un sólido programa de cumplimiento, con controles internos que «razonablemente hacían pensar que sus empleados no sobornaban a funcionarios del Gobierno»³². La evasión de los controles internos establecidos en la FCPA se imputó a Garth Peterson, que había sido director ejecutivo de la entidad en China, además de vulnerar las medidas anticorrupción previstas en la Investment Advisors Act de 1940³³.

Estos ejemplos muestran que las empresas pueden eximirse de responsabilidad si han obrado con un mínimo de diligencia, incorporando y ejecutando efectivamente *compliance programmes* que además se configuren de tal forma que puedan —en teoría— evitar con la mayor probabilidad posible incumplimientos de la normativa. Esto no significa que los sujetos que tienen una cierta responsabilidad dentro de la empresa queden asimismo eximidos de su responsabilidad personal, si han actuado de forma fraudulenta a la hora de incumplir los programas de cumplimiento, controles internos y la normativa. Esta separación de la esfera de responsabilidad personal y corporativa es igualmente aplicable en el Derecho de la Competencia sancionador, en consonancia con los ejemplos mencionados en la normativa penal.

³² Vid. el procedimiento llevado a cabo por la Criminal Division del U. S. Department of Justice frente a Morgan Stanley. En el comunicado de prensa, publicado el 25 de abril de 2012, afirma el Ministerio de Justicia que «(...) After considering all the available facts and circumstances, including that Morgan Stanley constructed and maintained a system of internal controls, which provided reasonable assurances that its employees were not bribing government officials, the Department of Justice declined to bring any enforcement action against Morgan Stanley related to Peterson's conduct. The company voluntarily disclosed this matter and has cooperated throughout the department's investigation. The Securities and Exchange Commission today announced civil charges and a settlement with Peterson». Peterson había sido director ejecutivo de Morgan Stanley en China. El comunicado de prensa está disponible en <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html> (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

³³ Un resumen de este caso está disponible en http://www.cov.com/files/Publication/0a670c16-ecb2-4c62-b58d-6da407e6adec/Presentation/PublicationAttachment/fb53cf8d-6162-4849-a12b-75d9e36078b5/Former_Morgan_Stanley_Managing_Director_Pleads_Guilt.pdf (última consulta: 27 de septiembre de 2013).

En España, el Proyecto de Reforma del Código Penal, aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 2013, da un paso decidido en esta dirección, estableciendo en sus artículos 31.2 y 31.4 bis como posible *eximente* de responsabilidad penal de la persona jurídica el hecho de haber implantado un «sistema eficaz de supervisión y control de prevención de delitos». Con tal fin, el Proyecto de Reforma del Código Penal determina en su artículo 31.5 bis las características mínimas que deben de presentar los *compliance programmes* en materia penal para que pueda ser aplicada esta exención de responsabilidad penal³⁴. Es obvia la necesidad de aclarar cuáles son los elementos esenciales que han

³⁴ Vid. sobre los elementos del denominado «modelo de organización» (programa de cumplimiento) en el Proyecto de reforma del Código Penal y propuestas de mejora del mismo vid. NIETO MARTÍN, A.: 2014 «El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno» en *Diario La Ley*, 11 de febrero (en prensa). En la actual redacción del Código penal, el apartado cuarto del artículo 31 bis del Código Penal (artículo que fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) prevé una enumeración tasada de circunstancias atenuantes de la responsabilidad de las personas jurídicas. En este caso resulta de interés la cuarta circunstancia atenuante, que hace referencia al hecho de haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, a través de sus representantes legales y antes del comienzo del juicio oral, «medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, interpreta esta circunstancia atenuante de la siguiente manera: «Exige de las empresas una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar y, en su caso, descubrir los delitos. Si bien es cierto que habrá que considerar insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, también habrá de evitar el excesivo formalismo, de modo que se valore en abstracto la aptitud de tales medidas para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de la corporación». La Circular 1/2011 está disponible en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=FG_Multimedia_FA&cid=1247140262302&pagename=PFiscal%2FFG_Multimedia_FA%2FFGE_fckDescarga (última consulta: 25 de septiembre de 2013). El apartado tercero del artículo 31 bis del CP señala además que «la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, (...) no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, (...)». En el concepto de «debido control» cabría incluir, como uno de los mecanismos posibles, los *compliance programmes*. Por tanto, si ha sido implementado un programa de estas características, entonces sí cabe modificar la responsabilidad penal de la empresa en cuestión.

de conformar un programa de cumplimiento³⁵ para poder llegar al extremo de eximir de responsabilidad penal a la empresa infractora. Pero si ésta es la tendencia que puede seguir la normativa penal española, parece que plantearse la posibilidad de una atenuante en el Derecho de la Competencia no resulta fuera de lugar.

La previsión de los programas de cumplimiento como atenuantes en las normativas de defensa de la competencia en Reino Unido, Francia, Suiza y Alemania

Junto al ámbito penal, también en relación con los ordenamientos jurídicos nacionales de defensa de la competencia existen ejemplos en los que se posibilita que las autoridades responsables en materia de competencia tengan en cuenta la existencia de *compliance programmes ex ante* de cara a la fijación del importe de la multa.

En este sentido, en Reino Unido la Office of Fair Trading (OFT) ha afirmado en reiteradas ocasiones que la existencia de *compliance programmes* será valorada positivamente, con una exención de hasta el 10 por 100 de la multa que se imponga finalmente a la empresa que ha vulnerado la normativa de defensa de la competencia. La reducción de la multa será posible si la empresa logra probar que «se han tomado medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de la normativa»³⁶. La OFT advierte que el «punto de partida» a la hora de considerar la existencia de *compliance programmes* será neutral y que la «mera existencia» de programas de esta naturaleza

no será tenida en cuenta como circunstancia atenuante. Es evidente que hay que valorar caso por caso, pero los compromisos de cara al cumplimiento de la normativa implementados desde el equipo directivo hasta los trabajadores de la empresa, junto con las medidas apropiadas relativas a la identificación, evaluación y mitigación de los riesgos, así como la actualización de estas medidas, pueden ser ciertamente considerados como una circunstancia atenuante a la hora de determinar el importe de la multa, en el supuesto de que el *compliance programme* hubiese fallado y se hubiera producido en la práctica un ilícito anticompetitivo. La empresa tendrá que demostrar que las medidas que se habían adoptado eran adecuadas teniendo en cuenta el tamaño de la empresa infractora y los riesgos que suponía para la libre competencia. La empresa infractora también tendrá que probar la adecuación de las medidas que había adoptado con el fin de actualizar el *compliance programme*, especialmente como consecuencia del inicio de las investigaciones por la autoridad de competencia. La OFT advierte también que únicamente en casos excepcionales los *compliance programmes* se tendrán en cuenta como factores agravantes en relación con la determinación del importe de la multa, esto es, cuando los mismos fueron utilizados para ocultar o facilitar un comportamiento anticompetitivo, o bien para inducir a la OFT a un error durante su investigación.

La OFT publicó asimismo en junio de 2011 una guía en la que menciona cómo desarrollar estas medidas de cumplimiento de manera apropiada, con el fin de que puedan ser tenidas en cuenta como atenuantes en la fijación del importe de la multa³⁷. Esta guía está en la

³⁵ Vid. LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.: (2013) «Compliance, debido control y unos refrescos» en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.): *El Derecho Penal en la era compliance*, Valencia, pp. 111-136, pp. 127 y ss.

³⁶ Vid. en este sentido la pronunciación más reciente de la OFT en su OFT's Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty, OFT 423, publicada en septiembre de 2012 y en cuyo apartado 2.15 se incluye expresamente como atenuante en relación al importe de la multa «adequate steps having been taken with a view to ensuring compliance with Articles 101 and 102 and the Chapter I and Chapter II prohibitions». La guía de la OFT está disponible en http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/offt423.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

³⁷ Vid. la guía titulada *How your business can achieve compliance with competition law*, OFT 1341, publicada en junio de 2011, disponible en http://oft.gov.uk/shared_offt/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/offt1341.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013). Esta guía separa en cuatro los pasos a seguir por las empresas, esto es, la identificación de los riesgos, su evaluación, los mecanismos de mitigación de estos riesgos y, por último, la revisión o actualización del *compliance programme*. También en junio de 2011 publicó la OFT la guía *Company Directors and Competition Law*, OFT 1340, disponible en http://www.offt.gov.uk/shared_offt/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/offt1340.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

línea seguida por la OFT, relativa a incentivar o fomentar el uso de este tipo de *compliance programmes* en materia anticompetitiva, ya que no existe ninguna obligación legal formal que exija incorporar un programa de estas características en el seno de la empresa.

En la práctica, la OFT ha hecho uso de esta facultad en diversas ocasiones, reduciendo el importe de la multa a una empresa infractora, al haber comprobado que la empresa o empresas en cuestión poseían *ex ante compliance programmes* adecuados para evitar ilícitos anticompetitivos³⁸.

Pero aún más relevante es el hecho de que en la práctica el Competition Appeal Tribunal (CAT) haya tenido igualmente en cuenta los *compliance programmes* en esta materia para reducir la multa³⁹. En la conocida Sentencia del caso Kier Group plc (y otros) v Office of Fair Trading, de 11 de marzo de 2011, [2011] CAT 3⁴⁰, el CAT reconoció los esfuerzos realizados por la empresa Kier Group implementando un *compliance programme* «exhaustivo» pocos días después del inicio de las investigaciones por la OFT (apartado 212 de la Sentencia). El CAT argumenta que la OFT debería haber tenido en cuenta el *compliance programme* a la hora de establecer la cuantía de la multa (apartado 217 de la Sentencia), debido a la incorporación rápida de un *compliance programme* extenso tras la apertura del expediente sancionador y la colaboración de la empresa con la OFT. Por la concurrencia de estas dos circunstancias el CAT propuso reducir la multa

global en un 15 por 100, lo que supuso una multa de 1.700.000 libras (apartado 233 de la Sentencia). Esto significó finalmente una reducción de la multa por el CAT en una cuantía que alcanzó las 300.000 libras, como consecuencia de la incorporación de un *compliance programme* bien estructurado y efectivo después de tener lugar la conducta anticompetitiva.

La Autorité de la Concurrence francesa por su parte publicó el 10 de febrero de 2012 un Documento-marco relativo a los *compliance programmes* en materia de defensa de la competencia⁴¹, señalando la posibilidad de reducir el importe de la multa en un 10 por 100 si la empresa que ha vulnerado la normativa de defensa de la competencia está dispuesta a «verificar su comportamiento», incorporando un *compliance programme* en esta materia (página 1 y apartado 29 del Documento-marco)⁴². La previsión de esta posibilidad de reducir el importe de la multa se fundamenta en el artículo L. 464-2 III del Code de Commerce, conforme al que una modificación en el comportamiento de la empresa puede ser tenida en cuenta como atenuante en relación a la multa. De acuerdo con los apartados 29 a 31 del Documento-marco se requiere, para poder reducir el importe de la multa, que la empresa infractora incorpore o, en su caso, mejore su programa de cumplimiento en materia anticompetitiva. El Documento-marco incluye además una lista de «prácticas adecuadas» (*best practices*) con el fin de contribuir a la eficiencia de los programas de cumplimiento en materia anticompetitiva (apartados 16 y siguientes). Entre estas prácticas recomendadas por la Autorité de la Concurrence se encuentra la adopción de una postura clara, firme y pública por

³⁸ Vid. en este sentido W. P. J.: «Antitrust Compliance Programmes... op. cit., p. 7.

³⁹ El *Competition Appeal Tribunal* es un órgano judicial especializado que conoce de los recursos frente a decisiones en materia de competencia de la Office of Fair Trading, de la Competition Commission (competencias en materia de control de concentraciones) y de órganos reguladores. Este órgano judicial fue creado por la Sección 2 de la *Enterprise Act* de 2002, que entró en vigor el 1 de abril de 2003. Vid. la página web del CAT: <http://www.catribunal.org.uk/> (última consulta: 27 de septiembre de 2013), así como GORDON, R. J. F. (2013): *The Competition Appeal Tribunal Handbook*, Haywards Heath/ Dublín/ Edimburgo.

⁴⁰ Todos los documentos de este caso, incluyendo la Sentencia del CAT, están disponibles en <http://www.catribunal.org.uk/237-4693/1114-1-1-09-1-Kier-Group-plc-2-Kier-Regional-Limited.html> (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

⁴¹ El *Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes* está disponible (en inglés) en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013). La versión en francés está disponible en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

⁴² Vid. de forma extensa en relación a las indicaciones de la autoridad francesa AUFDERMAUER, C. (2012): «Die Compliance-Leitlinien der französischen Wettbewerbsbehörde» en *Corporate Compliance Zeitschrift*, nº 5, pp. 194-197.

el equipo directivo o de gestión de la empresa partiendo del principio según el cual el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia no solo es una obligación legal, sino que también incide directamente en el contexto de la responsabilidad social de la empresa, en consonancia con las consecuencias negativas que los ilícitos anticompetitivos pueden tener con respecto tanto a la economía como a los consumidores. La autoridad francesa recomienda también asignar a una o varias personas en el seno de la empresa la facultad de desarrollar y controlar todos los aspectos relacionados con el efectivo cumplimiento del programa, así como la necesidad de desarrollar cursos de formación y sensibilización con esta materia. Destaca especialmente la previsión de mecanismos de control interno, de denuncia, auditoría y sanciones disciplinarias internas en casos de incumplimiento. De manera adicional a la reducción de la multa de un 10 por 100 en los supuestos de modificación del comportamiento de la empresa (incorporando o mejorando el programa de cumplimiento preexistente), la autoridad francesa podrá considerar otra reducción de un 10 por 100 en los supuestos conocidos como terminación convencional (*settlement procedure*), más otra reducción de un 5 por 100 por la adopción de compromisos adicionales (página 1 y apartado 31 del Documento-marco). En total la multa podrá ser reducida en un 25 por 100 por la Autorité de la Concurrence.

El Consejo de Estado suizo (*Bundesrat*) ha propuesto en el marco del Proyecto de Ley para la Reforma de la Ley suiza de defensa de la competencia (*Kartellgesetz*), de 22 de febrero de 2012⁴³, incluir una valoración positiva de los *compliance programmes* en materia de defensa de la competencia. De acuerdo con la nueva

redacción del artículo 49a), segundo apartado, tercer inciso, se prevé la posibilidad de una reducción de la multa administrativa derivada de un ilícito anticompetitivo si la empresa infractora logra demostrar la existencia de un programa de cumplimiento efectivo, teniendo en todo caso en cuenta el tamaño y el sector en el que opera la empresa en cuestión⁴⁴. La autoridad suiza de competencia (*Schweizerische Wettbewerbskommission*) o bien los órganos jurisdiccionales tendrán que decidir si se cumplen los requisitos para que un programa de cumplimiento pueda ser considerado como atenuante en un determinado supuesto. En un informe que acompaña la reforma de la normativa de defensa de la competencia suiza, se destaca, además que los programas de cumplimiento contribuyen de forma valiosa a los fines que persigue la Ley, en el sentido de evitar los efectos nocivos, tanto en la economía como en la sociedad en general, que se generan como consecuencia de las conductas anticompetitivas. De ahí que se señale que los esfuerzos relativos a lograr un cumplimiento efectivo de la normativa de defensa de la competencia, que coadyuven además de manera valiosa a la aplicación de la *Kartellgesetz*, deban ser recompensados con una reducción de la sanción⁴⁵.

En la normativa de defensa de la competencia alemana existe, al menos en teoría, la posibilidad de prever una reducción de la multa derivada de una infracción anticompetitiva en el marco del artículo 130 de la Ley de infracciones administrativas (*Gesetz über Ordnungswi-*

⁴³ Vid. la noticia publicada en <http://www.wbf.admin.ch/themen/00129/00181/index> (última consulta: 25 de septiembre de 2013) y la Comunicación del Consejo de Estado suizo en *Bundesblatt* (BOE suizo) 2012, 3905, vid. http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20120028 (última consulta: 25 de septiembre de 2013). El texto del Proyecto de Ley suizo está disponible en <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2012/3989.pdf> (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

⁴⁴ No es suficiente, por tanto, la mera existencia de un programa en esta materia. La recomendación del Consejo de Estado suizo prevé expresamente lo siguiente: «Vorkkehrungen zur Verhinderung von Verstößen gegen das Kartellgesetz, die das Unternehmen getroffen hat und die seiner Größe, Geschäftstätigkeit und der Branche angemessen sind, sind sanktionsmindernd zu berücksichtigen, wenn sie vom Unternehmen nachgewiesen werden». Vid. de forma extensa en WEBER, R. H.: «Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen» en ZÄCH, R., WEBER, R. H. y HEINEMANN, A. (2012): *Revision des Kartellgesetzes. Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zürich/ St. Gallen, pp. 189-208 y EUFINGER, A. y MASCHERER, A. (2012): «Die Compliance Defence im novellierten schweizerischen Kartellgesetz- Vorbild für europäisches Kartellrecht?» en *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, n.º 12, pp. 509-513, p. 509 y s.

⁴⁵ Vid. *supra* 68, pp. 14 y 17.

drigkeiten, OWiG). En este sentido, si el equipo directivo o en puestos de responsabilidad han adoptado las medidas necesarias para evitar un comportamiento ilícito de los restantes miembros de la empresa, es decir, no han omitido estas medidas de cumplimiento de la normativa de forma deliberada o negligente de acuerdo con el artículo 130.1 OWiG, quedarían libres de responsabilidad, por entender que no han vulnerado su deber de vigilancia. La autoridad de competencia alemana (*Bundeskartellamt*) no se ha pronunciado de forma oficial acerca de la consideración de los programas de cumplimiento de cara a una posible reducción de la multa. No obstante, en una respuesta de un miembro del *Bundeskartellamt* alemán a una encuesta, se declara que la autoridad alemana de competencia no tendrá en cuenta la existencia de programas de cumplimiento en esta materia para una posible reducción de la multa⁴⁶. Esta negativa se sustenta en que la posible implementación de un programa de cumplimiento es una materialización del deber de vigilancia establecido en el artículo 130 OWiG y que, por tanto, no debe ser «premiado» con una reducción en el importe de la multa porque se trataría únicamente del cumplimiento de una obligación legal. En este sentido, se afirma, el cumplimiento de una obligación legal no podría ser concebido como una atenuante⁴⁷.

La jurisprudencia alemana tampoco se ha pronunciado sobre esta cuestión⁴⁸, por lo que la valoración

de programas de cumplimiento en esta materia como circunstancias atenuantes en el cálculo del importe de la multa no es una cuestión cerrada en Alemania⁴⁹. En principio, las Directrices alemanas relativas a la imposición de multas permiten que programas bien estructurados y efectivos sean tenidos en cuenta, al mencionar como circunstancia atenuante el comportamiento de la empresa posterior al ilícito anticompetitivo (*Nachtatverhalten*).

No existe, por tanto, en teoría ningún problema en la práctica para considerar, en consonancia con lo establecido en Francia, que un *compliance programme* establecido *ex post* o que mejore el existente *ex ante* como consecuencia de un comportamiento anticompetitivo pueda ser considerado como una circunstancia atenuante. Esta visión concuerda además con el ideal de que las autoridades de competencia deberían, además de imponer sanciones *ex post* o represivas, animar, fomentar y premiar a las empresas que adoptan medidas de prevención para evitar incumplimientos de la normativa de defensa de la competencia⁵⁰.

5. Conclusión: los *compliance programmes* como vía de promoción del cumplimiento en materia de competencia

En consonancia con la finalidad de prevención general y especial, y de disuasión de futuros ilícitos anticompetitivos que poseen las multas en esta materia, además de sancionar a la empresa infractora,

⁴⁶ Vid. PAMPEL, G. (2007): «Die Bedeutung von Compliance-Programmen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht» en *Betriebsberater*, pp. 1636-1640, p. 1638. Esta opinión es interpretada como representativa de la visión generalmente defendida por la autoridad alemana. Vid. KREBS, P., EUFINGER, A. y JUNG, S. (2011): «Bußgeldminderung durch Compliance-Programme im deutschen Kartellbußgeldverfahren?» en *Corporate Compliance Zeitschrift*, nº 4, pp. 213-218, p. 213.

⁴⁷ Vid. la opinión mantenida por PAMPEL, G. (2007): «Die Bedeutung von Compliance-Programmen... op. cit., p. 1638.

⁴⁸ Únicamente el presidente (Dr. Thomas Kühnen) de la Sala Primera (competente en materia de competencia) del Tribunal Superior de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*), que es la competente para resolver las demandas interpuestas frente a Decisiones del *Bundeskartellamt*, ha señalado en una entrevista telefónica que los *compliance programmes* pueden ser considerados como circunstancias atenuantes en relación a la cuantía de la multa. Vid. KREBS, P., EUFINGER, A. y JUNG, S. (2011): «Bußgeldminderung durch Compliance-Programme... op. cit., p. 214 y s., quienes señalan que la entrevista telefónica tuvo lugar el 18 de enero.

⁴⁹ Vid. en este sentido KREBS, P., EUFINGER, A. y JUNG, S.: «Bußgeldminderung durch Compliance-Programme... op. cit., p. 214.

⁵⁰ En este mismo sentido se pronuncia la doctrina alemana mayoritaria. Vid. KREBS, P., EUFINGER, A. y JUNG, S.: «Bußgeldminderung durch Compliance-Programme... op. cit., p. 214; GEHRING, S., KASTEN, B. y MÄGER, T.: «Unternehmensrisiko Compliance?... op. cit., p. 10; VOET VAN VORMIZEELE, P.: «Kartellrechtliche Compliance-Programme im Rahmen der Bußgeldbemessung *de lege lata* und *de lege ferenda*... op. cit., p. 48; BOSCH, W., COLBUS, B. Y HARBUSCH, A.: «Berücksichtigung von Compliance-Programmen in Kartellbußgeldverfahren» en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 7-8, 2009, pp. 740-749, p. 746 y MOOSMAYER, K. (2007): «Die neuen Richtlinien der Europäischen Kommission zur Festsetzung von Kartellgeldbußen» en *Wistra. Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 91-94, p. 94.

los programas de cumplimiento serios deberían ser contemplados como circunstancia atenuante en relación al importe de la multa. De esta forma se estarían creando incentivos para la inversión de medios y dinero en la implementación de programas en el seno de las empresas, de manera que todos los miembros de la empresa conocerían los riesgos corporativos y personales de vulnerar esta normativa. Es importante, además, tener en cuenta las consecuencias jurídicas que se derivan de los ilícitos anticompetitivos en otros países si la empresa opera globalmente.

La normativa de defensa de la competencia europea ya posee —*de lege lata*— un precepto que en teoría permite fácilmente un cambio en las decisiones de la Comisión Europea y en la jurisprudencia comunitaria. El artículo 23.3 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 y relativo a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que «a fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración». En la valoración de la gravedad de la infracción se podría tener en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento bien estructurado, que prevea controles internos y sanciones disciplinarias por incumplimiento. Las Directrices de la Comisión Europea mencionadas, relativas al cálculo de las multas, no prohíben dicha reducción e incluyen únicamente un listado ejemplificativo de atenuantes en su apartado 29. Además, y como se ha señalado, la Comisión Europea sí consideró en la década de los años ochenta y principios de los noventa los programas de cumplimiento adoptados *ex post* como atenuantes, por lo que no se puede excluir la posibilidad de volver a esta doctrina también para los programas *ex ante*, siempre y cuando este tipo de programas sean seriamente cumplidos y bien estructurados, y siempre que la empresa en cuestión pueda probar que ha invertido todos los esfuerzos, de medios y de dinero, que tenía a su alcance para evitar el ilícito anticompetitivo o, en su caso, para mejorar rápidamente el programa preexis-

tente. Naturalmente habrá que valorar caso por caso, pero excluir de entrada la posibilidad de considerar un programa de cumplimiento como circunstancia atenuante únicamente porque ha fallado parece igual de ilógico que considerar la «mera existencia» (por ejemplo, como una estrategia de marketing) de un programa que no es efectivamente cumplido ni actualizado por la empresa.

En el Derecho de la Competencia español se podrían considerar los programas de cumplimiento en materia anticompetitiva como circunstancias atenuantes en el marco del artículo 64.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que la enumeración de atenuantes que se establece en la Ley es meramente a título ejemplificativo⁵¹.

La comparativa con otros sectores del ordenamiento jurídico y otras normativas nacionales en materia de defensa de la competencia ha mostrado que es posible, tanto por parte de las autoridades de competencia, como por parte de los órganos jurisdiccionales, considerar un programa de cumplimiento serio, bien estructurado y actualizado, como una circunstancia atenuante (no eximente de responsabilidad), con el fin de incentivar el respeto de la normativa de defensa de la competencia y disuadir de futuras infracciones. Las empresas invertirían más esfuerzos sabiendo que estos serían —en caso de una infracción de la normativa de defensa de la competencia— valorados por la autoridad de competencia. La normativa europea actual ya ofrece en el artículo 23.3 del Reglamento 1/2003 una base jurídica para cumplir con esta función preventiva, así como para valorar, caso por caso, la gravedad de la conducta empresarial, coadyuvando así a evitar que en la práctica se suceda un mayor número de ilícitos anticompetitivos, que, en definitiva, generan siempre daños a los consumidores y a la economía en general.

⁵¹ El precepto señala que «para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes: (...)». Se trata, por tanto, de una lista abierta.

Referencias bibliográficas

- [1] AUFDERMAUER, C. (2012): «Die Compliance-Leitlinien der französischen Wettbewerbsbehörde» en *Corporate Compliance Zeitschrift*, nº 5, pp. 194-197.
- [2] BARBIER DE LA SERRE, É. y LAGATHU, E. (2013): «The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher» en *Journal of Competition Law & Practice*, nº 3, Vol. 3, pp. 1-20.
- [3] BOSCH, W.; COLBUS, B. y HARBUSCH, A. (2009): «Berücksichtigung von Compliance-Programmen in Kartellbußgeldverfahren» en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 7-8, pp. 740-749.
- [4] DREHER, M. (2004): «Kartellrechtscompliance. Voraussetzungen und Rechtsfolgen unternehmens- oder verbandsinterner Maßnahmen zur Einhaltung des Kartellrechts» en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, nº 1, pp. 75-106.
- [5] EUFINGER, A. y MASCHERER, A. (2012): «Die Compliance Defence im novellierten schweizerischen Kartellgesetz- Vorbild für europäisches Kartellrecht?» en *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, nº 12, pp. 509-513.
- [6] GEHRING, S.; KASTEN, B. y MÄGER, T. (2013): «Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften» en *Corporate Compliance Zeitschrift. Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen*, nº 1, pp. 1-40.
- [7] GERADIN, D. (2013): «Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils», disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241452.
- [8] GINSBURG, D. H. y WRIGHT, J. D. (2010): «Antitrust Sanctions» en *Competition Policy International*, Vol. 6, nº 2, pp. 3-39.
- [9] HECKENBERGER, W. (2012): «Interne Untersuchungen bei Kartellrechtsverstößen» en MOOSMAYER, K.: *Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen*, München, pp. 139-156.
- [10] KOLASKY, W. J.: «Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective», disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224389.pdf>.
- [11] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2013): «Compliance, debido control y unos refrescos» en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *El Derecho Penal en la era compliance*, Valencia, pp. 111-136.
- [12] MOOSMAYER, K. (2007): «Die neuen Richtlinien der Europäischen Kommission zur Festsetzung von Kartellgeldbußen» en *Wistra. Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2007, pp. 91-94.
- [13] MURPHY, J. y KOLASKY, W. (2012): «The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior» en *Antitrust*, vol. 26, nº 2, pp. 61-64.
- [14] NIETO MARTÍN, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid.
- [15] NIETO MARTÍN, A. (2014): «El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estruendo» en *Diario La Ley*, 11 de febrero de 2014 (en prensa).
- [16] PAMPEL, G. (2007): «Die Bedeutung von Compliance-Programmen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht» en *Betriebs-berater*, pp. 1636-1640.
- [17] PERA, A. y PISANELLI, G. C. (2013): «Prevention of Antitrust Violations: Which Role for Compliance Programmes?» en *European Competition Law Review*, nº 5, Vol. 34, pp. 267-273.
- [18] SHENEFIELD, J. H. y FAVRETTO, R. J. (1979): «Compliance Programs as Viewed from the Antitrust Division» en *Antitrust Law Journal*, Vol. 48, nº 1, 1979, pp. 73-80.
- [19] VOET VAN VORMIZEELE, P. (2009): «Kartellrechtliche Compliance-Programme im Rahmen der Bußgeldbemessung de lege lata und de lege ferenda» en *Corporate Compliance Zeitschrift*, nº 2, 2009, pp. 41-49.
- [20] WEBER, R. H. (2012): «Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen» en ZÄCH, R., WEBER, R. H. y HEINEMANN, A.: *Revision des Kartellgesetzes. Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zürich/ St. Gallen, 2012, pp. 189-208.
- [21] WILS, W. P. J. (2012): «Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis» en *World Competition*, Vol. 35, nº 1, pp. 5-26.
- [22] WILS, W. P. J. (2013): «Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement» en *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, nº 1, pp. 1-30.