

Trabajo Fin de Máster

Los Programas de Cumplimiento (*Compliance Programmes*) en el Derecho de la Competencia de la Unión Europea.

Autor

Francisco Javier Fernández Huguet

Director

Juan L. Arpio Santacruz

Facultad de Economía y Empresa
2015

ÍNDICE GENERAL

I.	INTRODUCCIÓN	5
	1. OBJETO Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO.....	5
	2. METODOLOGÍA.....	5
	3. ESTRUCTURA	6
II.	LA OBLIGACIÓN DE LAS EMPRESAS DE OBSERVAR LAS DISPOSICIONES DE COMPETENCIA	7
	1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	7
	2. EN MATERIA DE CONDUCTAS COLUSORIAS.....	8
	3. EN MATERIA DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.....	10
	4. EN MATERIA DE CONCENTRACIONES.....	12
	5. EN MATERIA DE CONTROL DE AYUDAS PÚBLICAS	14
III.	IMPORTANCIA PARA LAS EMPRESAS DE OBSERVAR LAS DISPOSICIONES DE COMPETENCIA	16
	1. CUESTIONES PREVIAS	16
	2. EVITAR SANCIONES ECONÓMICAS.....	16
	3. EVITAR DEMANDAS DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS.....	19
	4. FOMENTAR LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	21
	5. PROMOVER LA IMAGEN DE LA EMPRESA.....	23
IV.	EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO (“COMPLIANCE”).....	24
	1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	24
	2. CONTENIDO	26
	2.1. Cuestiones previas	
	2.2. Contenido según objetivos	

2.3. Contenido básico	
3. ASPECTOS CIRCUNSTANCIALES DEL PROGRAMA	31
4. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN.....	32
4.1. Cuestiones previas	
4.2. Análisis de riesgos	
a) el sector de actividad	
b) interacción de la empresa con los competidores	
c) las características del mercado	
d) tipos de empleados	
4.3. Adopción e implementación de medidas	
4.4. Sistemas eficaces de control	
4.5. Actualización constante	
4.6. Sistema de vigilancia eficaz	
 V. EFECTOS JURÍDICOS VINCULADOS A LA EXISTENCIA DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO	 41
1. CUESTIONES PREVIAS	41
2. DERECHO COMPARADO.....	42
2.1. Francia	
2.2. Reino unido	
2.3. España	
2.4. Unión Europea	
2.5. Opinión de los tribunales de la unión europea	
 VI. UN CASO CONCRETO: SIEMENS	 52
1. INTRODUCCIÓN	52
2. PERSONAL ENCARGADO DE VELAR POR EL CUMPLIMIENTO	
3. CULTURA DE “COMPLIANCE”	53
4. EMPLEADOS	54
4.1. Información	
4.2. Formación	
4.3. Consejo/apoyo	

5. SISTEMAS DE CONTROL.....	56
5.1. La “tarjeta amarilla”	
5.2. Promoción del personal	
5.3. El comité disciplinario corporativo (cdc)	
5.4. Canales de denuncia “ <i>tell us</i> ” y “ <i>ombudsman</i> ”	
5.5. Auditoría	
6. ADOPCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS.....	60
6.1. Remediación	
6.2. Seguimiento global de los casos	
7. ACTUALIZACIÓN CONSTANTE.....	61
7.1. Revisión	
7.2. Mejora continua	
 VII. CONCLUSIONES	 62
 VIII. BIBLIOGRAFÍA	 65
 IX. LEGISLACIÓN Y OTROS ACTOS NORMATIVOS.....	 70
 X. DOCUMENTO ANEXO	

ABREVIATURAS

CAT: Competition Appeal Tribunal

CC: Código Civil

CDC: Comité Disciplinario Corporativo

CE: Comunidad Europea

COM: Comisión Europea

DOCE: Diario Oficial de la Comunidad Europea

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

OFT: Office of Fair Trading

PYME: Pequeñas Y Medianas Empresas

RRHH: Recursos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

US: United States

UK: United Kingdom

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DEL TRABAJO

Debido a la complejidad normativa que afecta al comercio y a la actividad empresarial, así como a la especial dificultad para cumplir con los requisitos que se exigen a las empresas, es necesario que éstas realicen un esfuerzo adicional para evitar incumplir la normativa vigente, esfuerzo que se materializa con la adopción de un Programa de Cumplimiento.

Mediante el presente trabajo se pretende efectuar un análisis detallado y completo de los Programas de Cumplimiento o *Compliance Programmes* en el seno del Derecho de la Unión Europea, más concretamente, dentro de éste, nos centraremos en el Derecho de la Competencia.

Respecto a la originalidad del trabajo, cabe resaltar la especial novedad de la materia a abordar, además, el poco reconocimiento legal que existe acerca de este tema, hace que su estudio e investigación sean realmente necesarios.

2. METODOLOGÍA

La metodología empleada ha sido analítica, ya que se ha procedido a la investigación y al estudio de diferentes elementos como los que se plasman a continuación:

En primer lugar, entre los diferentes aspectos tratados, cabe resaltar la especial importancia de las disposiciones de competencia, así como de las consecuencias de efectuar un ilícito en el ámbito del Derecho de la Competencia.

En segundo lugar, aunque este trabajo se centre en la Unión Europea, se ha procedido a efectuar un estudio del Derecho Comparado, más concretamente en Reino Unido y Francia.

En último lugar, se ha analizado un caso concreto de una empresa que ha decidido adoptar uno de estos programas.

3. ESTRUCTURA

En cuanto a la estructura del trabajo, he procedido a dividirlo en seis epígrafes siguiendo un orden minucioso donde, cabe señalar, los siguientes apartados:

Después de este primer epígrafe, se expone en el segundo la obligación de las empresas de observar las disposiciones de competencia y se analizan las principales conductas que deben evitar realizar las empresas que ofrecen bienes y servicios en el Mercado Interior.

El tercer epígrafe explica la importancia que tiene para las empresas las consecuencias que pueden derivar del incumplimiento, lo que pone de relieve la necesidad de ajustar su actuación hacia la modalidad competitiva.

Posteriormente, el cuarto epígrafe se dedica al estudio y análisis de los Programas de Cumplimiento (*“Compliance Programmes”*). En él se exponen cuestiones prácticas como el posible contenido de estos programas y el procedimiento para su elaboración.

El quinto epígrafe analiza una de las cuestiones que más debate suscita como son los efectos jurídicos vinculados a la existencia de un Programa de Cumplimiento. Lógicamente, el solo hecho de que una empresa adopte uno de ellos pone de relieve que quiere cumplir las normas lo cual hace que nos preguntemos si debe tenerse en cuenta al valorar una posible infracción. Este análisis se efectúa estudiando y comparando lo que disponen las autoridades de la Unión Europea y las de diversos Estados miembro como son Reino Unido, Francia y España.

El último epígrafe aplica lo estudiado en los epígrafes anteriores, especialmente en el cuarto, al Programa de Cumplimiento de una empresa, más en concreto, Siemens, observando y analizando aquellos aspectos más relevantes que debe contener un programa.

II. LA OBLIGACIÓN DE LAS EMPRESAS DE OBSERVAR LAS DISPOSICIONES DE COMPETENCIA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Uno de los objetivos de la Unión Europea es el mercado interior, el cual se materializa en la libre circulación de personas, bienes, servicios y capital. Para poder garantizar estas libertades es necesaria la existencia de unas disposiciones de competencia que contribuyan a la implantación del libre mercado, ya que, gracias a este principio, cualquier empresa puede entrar y actuar en el tráfico jurídico del mercado comunitario.

Sin embargo, en un sistema de libre competencia, puede haber la posibilidad de que uno o varios operadores económicos decidan restringir la competencia en su propio beneficio perjudicando, de este modo, tanto a otros operadores económicos como a los consumidores y usuarios, por tanto, es necesario un conjunto de normas que garanticen la efectiva competencia en el mercado y eviten que se produzcan vulneraciones a este principio tan importante.

Entonces, para garantizar que exista una posición de igualdad entre las empresas se deben eliminar todos los privilegios que puedan tener unas y otras. En un sistema de libre competencia todos los agentes económicos deben tener la posibilidad de competir dentro del mercado conforme a su propio criterio para, de este modo, poder hacerse con el mayor número posible de clientes¹. Además, cabe resaltar la especial necesidad de garantizar que no existan obstáculos que puedan minar la competencia existente entre las empresas.

Así pues, las normas de competencia de la Unión pretenden, como fin primordial, proteger la competencia entre los agentes económicos frente al falseamiento de ésta, ya que es una de las condiciones necesarias para la realización de un mercado

¹ ARPIO SANTACRUZ, J.L., “La defensa de la (libre) competencia en el comercio electrónico”, Monografía Núm. IV de la *Revista aragonesa de Administración Pública*, 2001.

interior libre y dinámico, además, representa uno de los instrumentos que contribuyen al bienestar económico general².

Las obligaciones que deben cumplir las empresas en materia de competencia son principalmente cuatro: abstenerse de realizar conductas colusorias; no explotar abusivamente la situación de posición de dominio en la que se puedan encontrar; someter al control de la Comisión Europea las concentraciones que tienen dimensión comunitaria; y, en el supuesto de recibir una ayuda pública, asegurarse de que ésta se ha concedido observando las obligaciones que impone la legislación de la Unión Europea.

2. EN MATERIA DE CONDUCTAS COLUSORIAS

Las conductas colusorias pueden consistir en acuerdos efectuados entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior y pueden afectar al comercio entre los Estados miembros.

Se trata por tanto de conductas que suponen una concertación de voluntades de dos o más operadores económicos para actuar conjuntamente en el mercado en lugar de hacerlo independientemente, como corresponde en un sistema de libre competencia. Estas conductas se encuentran reguladas en el artículo 101 TFUE.

El precepto prohíbe no solo las conductas que tengan como objeto la restricción de la competencia, sino también aquellas que, pese a no tenerlo como objeto han producido su efecto, es decir, han contribuido a la realización de una conducta anticompetitiva de manera no intencionada³.

² PARLAMENTO EUROPEO, “La política de Competencia”, *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, Bruselas, 2015. Puede consultarse en http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_3.2.1.pdf, (Última vez consultado en fecha 5 de agosto de 2015).

³ *Vid.*, en este sentido, el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el que se establece que “*serán incompatibles con el mercado interior...*” las que “*tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia...*”, es decir, este artículo pretende proteger la competencia indicando que no importa si la conducta perseguía vulnerar la competencia si produce éste efecto y a *sensu contrario* no importa si ha vulnerado la competencia si su objetivo era éste. Además, el tipo de vulneración tampoco es relevante haciendo que sea extensible a cualquier conducta que impida, restrinja o falsee la libre competencia.

El artículo 101.1 del TFUE establece una lista no exhaustiva de conductas que vulneran la prohibición de conductas colusorias, entre ellas se encuentran la fijación directa o indirecta de los precios de compra o venta; la limitación o el control de la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; el reparto del mercado o de las fuentes de abastecimiento; etc.⁴

Sin embargo, cabe mencionar que la prohibición no es absoluta ya que el artículo 101.3 establece una serie de requisitos en los que la prohibición establecida en este artículo no se aplicará como son: las conductas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven, al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante sin que, de ningún modo, impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos indicados ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate⁵. No obstante, es preciso señalar que para que sea aplicable la exención la conducta debe reunir los cuatro requisitos simultáneamente.

En definitiva, es importante que las empresas que vayan a efectuar alguna de las conductas descritas en este apartado la realicen conforme indica el artículo 101.3 TFUE.

3. EN MATERIA DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El artículo 102 TFUE prohíbe a las empresas dominantes utilizar esa posición para comportarse de manera abusiva.

Se considera que una empresa tiene posición dominante cuando tiene una posición de fuerza económica tal que le permite comportarse con independencia de

⁴ *Vid.*, en este sentido el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en sus apartados a) a e), apartados en los que se enumeran las conductas indicadas, no obstante, esta lista no es *numerus clausus*, sino que, como indica el propio artículo, son conductas que, en particular, atacan el juego de la competencia dentro del mercado interior.

⁵ *Vid.*, en este sentido, el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo que enumera de manera restrictiva las excepciones existentes en la aplicación del artículo 101.

competidores, proveedores, consumidores, etc., son empresas que no sienten la presión de la competencia por lo que pueden comportarse de modo abusivo e ineficiente⁶.

Para saber si una empresa es dominante hay que delimitar el mercado desde el punto de vista del producto y geográfico para, de este modo, poder observar si la empresa es dominante en el mercado definido⁷. Para ello se tendrá en cuenta la cuota de mercado de que dispone la empresa⁸, así como si existen barreras de entrada que impidan a los competidores potenciales iniciar una actividad.

Conviene subrayar que lo que prohíbe el artículo 102 TFUE no consiste en alcanzar una posición de dominio sino en abusar de ella en perjuicio de los demás agentes económicos y de la competencia, ya que una empresa podrá encontrarse con la posibilidad de hallarse en una posición dominante respecto a su competencia, sin embargo, lo que se encuentra prohibido es que dicha empresa abuse de esa posición⁹ como, por ejemplo, elevando los precios considerablemente.

Es importante que las empresas sepan la posición en la que se encuentran y, si es una posición dominante, que no suponga la explotación abusiva¹⁰.

⁶COMISIÓN EUROPEA, “Comprender las políticas de la Unión Europea: Competencia”, *Oficina de publicaciones de la Unión Europea*, Luxemburgo, noviembre de 2014. Puede consultarse en http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/competition_es.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

⁷ Vid, Sentencia del TJUE, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76 en el caso *United Brands*, considerandos 10 y ss. en los que se entiende que “*para apreciar si UBC ocupa una posición dominante en el mercado de los plátanos hay que delimitar dicho mercado tanto desde el punto de vista del producto como desde el punto de vista geográfico*”.

⁸ Vid, en este sentido, la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Texto pertinente a los fines del Espacio Económico Europeo. Bruselas, 9 de diciembre de 1997. Véase, además, la Sentencia del TJUE, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76 en el caso *United Brands*.

⁹ Vid., en este sentido, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el que se establece que “*...quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o varias empresas, de una posición dominante...*”

¹⁰ Conviene recordar que en la Unión Europea se encuentra prohibido abusar de una posición dominante a diferencia de Estados Unidos, donde lo que se halla prohibido es situarse en una posición dominante, es decir, no importa si se abusa o no de dicha situación, lo que importa es si se encuentra o no en una situación dominante para indicar que la conducta está prohibida. La Ley Sherman Antitrust, de 2 de julio de 1890, establece en su sección 2 que “*Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se combine o conspire con otra persona o personas para monopolizar una parte del comercio entre los diferentes estados, o con naciones extranjeras, debe ser considerado culpable de un delito, y de ser condenado, deberá ser castigado por una multa que no exceda \$10,000,000 si es una corporación, y si es otra persona, \$350,000 o por prisión que no exceda de tres años, o por ambas prisión y multa, a discreción de las cortes*”.

Por otro lado, el artículo 102 TFUE indica una serie de prácticas que podrán constituir un abuso de posición dominante, no obstante, es una lista no exhaustiva, por lo que podrían existir más prácticas de abuso de posición dominante que no se encuentren en esta lista, entonces, la empresa, en el supuesto de que piense que se encuentra en una posición de dominio deberá evitar, por ejemplo, imponer directa o indirectamente precios de compra, venta y otras condiciones de transacción no equitativas o, también, limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores¹¹.

4. EN MATERIA DE CONCENTRACIONES

Las concentraciones son operaciones lícitas, sin embargo, algunas operaciones de concentración entre empresas pueden afectar a la competencia del mercado. Por ello, la U.E. establece un control de las operaciones que tienen dimensión comunitaria mediante el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004¹². A efectos de este reglamento se considera concentración todo cambio duradero en el control de una o varias empresas por parte de otra empresa¹³.

El modo de efectuar una concentración puede ser variado, tal y como establece el reglamento en su artículo 3, donde se establece que las empresas pueden llevar a cabo la concentración mediante varios procedimientos como, por ejemplo, la fusión de varias sociedades o cuando se efectúe cualquier tipo de operación que pueda dar lugar a que una empresa controle a otra que antes era independiente¹⁴.

A fin de que la Comisión Europea pueda controlar estas operaciones, las empresas deben notificárselo. La notificación, para efectuarse de manera correcta, deberá ser realizada por las empresas conforme al Reglamento (CE) nº 802/2004, de la

¹¹ Vid., en este sentido, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el que se enumeran expresamente en los puntos a) a d) las conductas indicadas, sin embargo, esta lista no es *númerus clausus* sino que, como indica el propio artículo las “*prácticas abusivas podrán consistir, particularmente en*” las conductas indicadas.

¹² Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”). (DOUE 29.1.2004).

¹³ Vid., en este sentido, el artículo 3.1 del Reglamento (CE) nº 139/2004, el cual establece expresamente que “*...se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control...*”.

¹⁴ Vid., en este sentido, el artículo 3 del Reglamento (CE) nº 139/2004, el cual indica una lista de situaciones en virtud de las cuales la Comisión Europea entenderá que se ha producido una concentración.

Comisión, de 7 de abril de 2004¹⁵, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, reglamento en el que se indica principalmente como deberá ser el formulario de la notificación.

Una vez efectuada la notificación pertinente, lo que pretende la Comisión Europea al evaluar las concentraciones es, prohibir todas aquellas concentraciones que obstaculicen de forma significativa la competencia en el mercado interior o en una parte de este, es decir, la Comisión en esta evaluación, tal y como establece el artículo 2 del Reglamento, tendrá en cuenta diversos elementos como pueden ser la estructura de los mercados afectados y de la competencia real o potencial de las empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad, la posición de mercado de las empresas afectadas, la posible existencia de una posición de dominio, etc...¹⁶, así pues, el procedimiento comenzará, una vez efectuada la notificación por parte de las empresas a la Comisión de aquella operación de concentración que se vaya a efectuar, por el examen de la conducta a realizar y, una vez examinada, se podrá aceptar o rechazar dicha concentración en el supuesto de que respete o no la competencia entre los Estados miembro, siempre siguiendo el procedimiento oficial regulado en el artículo 4 del Reglamento.

No obstante, cabe señalar que todas las concentraciones entre empresas no deben ser controladas sino solo aquellas que ostenten cierta dimensión comunitaria¹⁷, dimensión que se alcanzará cuando se cumplan, como indica el artículo 1.2 del reglamento, estos dos requisitos cumulativos: que el volumen total de negocios supere los 5.000 millones de euros, y que, al menos, dos de las empresas ostenten un volumen de negocios a escala comunitaria de 250 millones de euros, no obstante, cabe mencionar que, en el supuesto de que 2/3 partes de este volumen se realice en un único estado miembro, no se considerará que ostentan dimensión comunitaria, entonces, en materia de concentraciones, la obligación que deben asumir las empresas que operen en el

¹⁵ Reglamento (CE) nº 802/2004, de la Comisión, de 7 de abril de 2004 por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. (DOUE 30.4.2004).

¹⁶ *Vid.*, en este sentido, el artículo 2 del Reglamento (CE) nº 139/2004, el cual establece aquellos elementos que tendrá en cuenta la Comisión Europea al momento de evaluar una concentración para conocer su compatibilidad o no con el mercado interior.

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, “Comprender las políticas de la Unión Europea: Competencia”, *op cit*, p.10.

mercado interior es la de notificar a la Comisión Europea que van a realizar una operación de este índole antes de producirse la realización de la misma¹⁸.

5. EN MATERIA DE AYUDAS PÚBLICAS

La competencia implica que todos deben tener los mismos medios, entonces, si el estado ayuda a unos más que a otros se falsea la competencia, por ello el control de las ayudas públicas se encuentra regulado en el artículo 107.1 TFUE, el cual pretende proteger la competencia en el seno de la Unión prohibiendo las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales que favorezcan a determinadas empresas o producciones falseando o amenazando falsear la competencia en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los estados miembro¹⁹.

Entonces, en materia de ayudas públicas, cabe señalar que la obligación o el deber de las empresas en este aspecto es asegurarse de que la ayuda que van a percibir es acorde a la legislación comunitaria²⁰, ya que la obligación de entregar una ayuda de manera conforme al mercado interior es obligación del Estado y no de la empresa²¹.

No obstante, cabe señalar que el artículo 107 en su apartado segundo enumera una serie ayudas que podrían percibir las empresas, las cuales serán compatibles en todo caso con el mercado interior, como pueden ser, por ejemplo, las ayudas de carácter social concedidas a consumidores individuales o aquellas destinadas a reparar los

¹⁸ Vid., en este sentido, el artículo 4.1 del Reglamento (CE) n° 139/2004, donde se indica que “*Las concentraciones de dimensión comunitaria objeto de este Reglamento deberán notificarse a la Comisión antes de su ejecución...*”.

¹⁹ Este artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece expresamente: “*salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*”, es decir, lo que se prohíbe son aquellas ayudas estatales que, en primer lugar, afectan al comercio entre los Estados miembro y, en segundo lugar, falsean o amenazan falsear la competencia en el mercado interior.

²⁰ ARCOS M. “El marco jurídico de la política de competencia en la Unión Europea”, *La política de competencia en la U.E.*, Sevilla, 27 de noviembre de 2012. Puede consultarse en <http://congreso.us.es/catedrapc/images/Marycruz.pdf> (Última vez consultado en fecha 6 de agosto de 2015).

²¹ Vid, en este sentido, el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su punto 2 donde se establece lo siguiente: “*Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.*”

perjuicios causados por desastres naturales u otros acontecimientos de carácter excepcional²². Además, el punto tercero de este mismo artículo 107 establece otro tipo de ayudas que podrán considerarse compatibles con el mercado interior, es decir, en este apartado se indican aquellas en las cuales existe un cierto margen de apreciación para poder llegar a la conclusión de si son compatibles o no con el mercado interior, entre ellas se encuentran, por ejemplo, las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio.

En definitiva, lo que se pretende proteger mediante el control de las ayudas públicas es que las empresas partan con igualdad de oportunidades y, por tanto, entre en juego la libre competencia entre empresas de la Unión Europea, ya que, de lo contrario, si se permitiera que los Estados miembro ayuden *a diestro y siniestro* podría producirse una vulneración de la competencia porque no todas las empresas gozarían de las mismas oportunidades²³.

III. IMPORTANCIA PARA LAS EMPRESAS DE OBSERVAR LAS DISPOSICIONES DE COMPETENCIA

1. CUESTIONES PREVIAS

El incumplimiento puede conllevar importantes consecuencias para las empresas. En los siguientes epígrafes se van a analizar las consecuencias derivadas del incumplimiento de las disposiciones que regulan el Derecho de la Competencia en la Unión Europea.

2. EVITAR SANCIONES ECONÓMICAS

En lo relativo a las consecuencias de vulnerar la normativa de competencia, cabe señalar que uno de los elementos principales por el cual a las empresas les interesa

²² La lista enumerada por el artículo 107.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se encuentra entre sus puntos a) y c) y se trata de una lista *numerus clausus*.

²³ COMISIÓN EUROPEA, “Comprender las políticas de la Unión Europea: Competencia”, *op cit*, p.10.

cumplir es para evitar ser sancionadas²⁴. Sin embargo, este debería ser el último motivo por el que las empresas cumplan las normas de competencia ya que, realmente, si se cumple debe ser por el bien del mercado, por satisfacer a los consumidores y por adoptar una postura competitiva que haga que el rendimiento y la productividad de las empresas crezca, no cumplir simplemente por evitar la imposición de una sanción.

Adentrándonos únicamente en los intereses de la propia empresa, cabe mencionar que, respecto a los programas de cumplimiento, éstos contribuyen a evitar y disminuir los riesgos de la vulneración de las normas de competencia haciendo, por ejemplo, que el personal de la empresa se encuentre más atento o instaurando normas internas en la empresa para, de este modo, evitar adoptar una postura anticompetitiva²⁵.

Si una empresa incumple, la Comisión Europea podrá imponerle una sanción, sanción que dependerá de diversos factores como, por ejemplo, el hecho de ser reincidente, lo cual elevaría la sanción o, en el supuesto de estar ante un cartel y la empresa decide acogerse a la política de clemencia, su sanción se vería reducida por contar con un factor que actúa como atenuante. Para determinar la imposición de las multas, la Comisión Europea ha elaborado unas directrices²⁶ mediante las que se pretende garantizar la transparencia y la objetividad de sus decisiones, directrices que serán aplicadas a las infracciones de las disposiciones del artículo 101 y 102 TFUE, es decir, a las conductas colusorias y al abuso de una posición dominante.

En el siguiente cuadro se pueden observar los elementos que tiene en cuenta la Comisión al momento de imponer una determinada sanción:

²⁴ INSTITUTE OF RISK MANAGEMENT (REINO UNIDO), “Competition Law Risk, a short guide”, London, 2014. Puede consultarse en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/372555/CMA_Risk_Guide.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

²⁵ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, Luxemburgo, 2012. Puede descargarse gratuitamente en https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCEQFjAAahUKEwjl1f3YmO_GAhXFC5IKHXK0CDY&url=http%3A%2F%2Fbookshop.europa.eu%2Fes%2Ffla-importancia-de-cumplir-pbKD3211985%2Fdownloads%2FKD-32-11-985-ES-C%2FKD3211985ESC_002.pdf%3Bpgid%3DIq1Ekni0.1ISR00OK4MycO9B0000NKbLzYT8%3Bsid%3D2H_b4JY2gJjby8NcO8pFR_QTIRzFkttVxg0%3D%3FFileName%3DKD3211985ESC_002.pdf%26SKU%3DKD3211985ESC_PDF%26CatalogueNumber%3DKD-32-11-985-ES-C&ei=asmvVaP4JsWXyATy6KKwAw&usq=AFQjCNG02e-U-dW6JoE9ycg-li4WSNxGBA&sig2=Vkf43SwxTRhnSGPcSPxgew (Comprobado por última vez en fecha 22 de julio de 2015).

²⁶ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n°1/2003. (DOCE L9.2006)

Multa de base	Porcentaje del valor de las ventas afectadas (0-30 %) X duración (en años o en periodos inferiores a un año) + 15-25 % del valor de las ventas consideradas: elemento disuasorio adicional para los cárteles
Incrementada por	Factores agravantes por ejemplo, liderar la infracción, ser reincidente u obstruir la investigación
Reducida por	Factores atenuantes por ejemplo, participación limitada o comportamiento favorecido por la normativa
Sujeta a un máximo global	10 % del volumen de negocios (por infracción)
Posibilidad de reducción adicional por	Clemencia: 100 % para la 1ª, hasta el 50 % para la siguiente, 20-30 % para la tercera y hasta el 20 % para las demás
	Transacción: 10 %
	Reducción por incapacidad contributiva

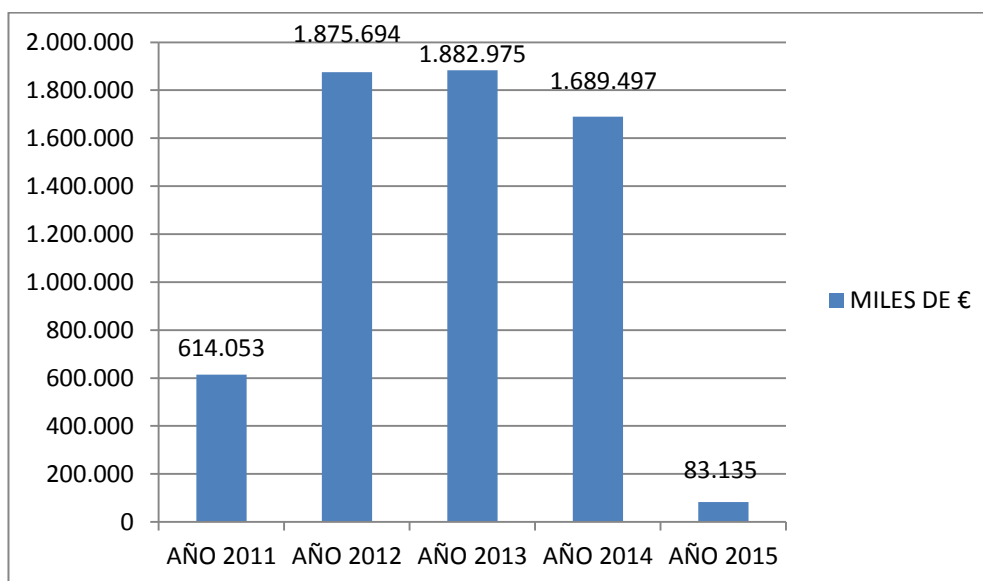
Fuente: Comisión Europea²⁷

Además, cabe resaltar que las sanciones impuestas por la Comisión Europea son verdaderamente elevadas como, por ejemplo, la sanción impuesta a la empresa Saint Gobain por constituir un cartel, la cual ascendió a la suma de 750.000.000€ o la impuesta, por el mismo motivo, a Philips que fue de 705.296.000€²⁸.

²⁷ COMISIÓN EUROPEA, “Multas por incumplir el Derecho de la Competencia”, Noviembre, 2011. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf (Última vez consultado en fecha 7 de agosto de 2015).

²⁸ Vid. COMISIÓN EUROPEA, “Cartel Statistics”. Puede consultarse en <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> (Última vez consultado en fecha 7 de agosto de 2015).

También, a modo de ejemplo, es preciso observar el siguiente cuadro en el que se observan las sanciones impuestas por la Comisión Europea en los últimos cinco años.



Elaboración propia con datos obtenidos de <http://ec.europa.eu/competition>

3. EVITAR DEMANDAS DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

Otro elemento de especial relevancia que hace que las empresas decidan cumplir las normas de competencia son las posibles demandas indemnizatorias de daños y perjuicios que éstas deberán afrontar en el supuesto de que incumplan.

La existencia de este derecho ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual ha venido estableciendo que las víctimas de infracciones en materia de competencia deben poder obtener una indemnización²⁹. También la Comisión Europea se ha postulado de este modo afirmando en la redacción del Libro Blanco del año 2008 que la plena compensación de la víctima es el principio rector más destacado de los que ostenta dicho libro³⁰.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2001 en el asunto C-453/99, *Courage Ltd contra Bernard Crehan* y *Bernard Crehan contra Courage Ltd* y otros.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”. COM(2008) 165 final. Bruselas, 2 de abril de 2008. Véase el punto primero “Objetivos, principios rectores y ámbito de aplicación del Libro Blanco”

Antes de nada, cabe señalar que, para que se tenga que producir la indemnización de daños y perjuicios, los Estados miembro, antes de publicarse el Libro Blanco, exigían la existencia de un requisito: La conducta culpable. No obstante, la Comisión decidió dar un paso más y optó por sugerir a los Estados miembro que, en el supuesto de que una víctima acredite una infracción del artículo 101 o 102, la empresa infractora deberá ser responsable de los daños y perjuicios ocasionados excepto si demuestra que la infracción fue producida por un error inexcusable, entendiéndose éste como la realización de una conducta que restringe la competencia por parte de una persona con un elevado grado de atención pero que, sin embargo, no pudo darse cuenta de que su conducta era anticompetitiva³¹. En definitiva, mediante esta afirmación, la Comisión prevé como único elemento que pueda evitar el resarcimiento de daños y perjuicios el error excusable invirtiendo, de este modo, la carga de la prueba puesto que, si bien es cierto que la víctima deberá demostrar la existencia de una infracción, quien debe probar que estamos ante un error excusable es la empresa que ha incumplido.

Respecto a la compensación que deberán efectuar las empresas que incumplan las normas de competencia, cabe señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que las víctimas deberán recibir, como mínimo, la plena compensación del valor real de la pérdida sufrida, es decir, no solo ostentarían el derecho a la compensación por la pérdida real sino, además también comprendería el lucro cesante y los intereses en el caso que correspondan³².

En definitiva, este es uno de los elementos principales que hacen que a las empresas no les interese incumplir las normas de competencia, ya que en el supuesto de tener que afrontar los gastos de una posible indemnización ésta deberá ser muy elevada, posiblemente, más elevada que una sanción.

A modo de ejemplo, cabe señalar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-557/12, Kone AG y otros / ÖBB Infrastruktur AG, la cual ratifica la postura del Tribunal estableciendo la posibilidad de que se pueda solicitar la indemnización por daños y perjuicios, más concretamente, en el caso de autos la

³¹ COMISIÓN EUROPEA, *“Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”*. op cit, p.20.

³² COMISIÓN EUROPEA, *“Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”*. op cit, p.20.

empresa OBB Infrastruktur AG solicitó a los tribunales nacionales austriacos la indemnización de 1.839.239,74€. El motivo que hizo que ésta empresa se viese legitimada para solicitar la indemnización fue la existencia de un cartel compuesto por empresas como Kone, Otis, Schidler o ThyssenKrupp que falseó la competencia e hizo que los precios del mercado se elevasen considerablemente por lo que la empresa OBB tuvo que contratar con sus proveedores, los cuales no participaban en el cartel, a un precio más elevado del que se habría fijado de no haber existido éste³³.

4. FOMENTAR LA SEGURIDAD JURÍDICA

Otra de las consecuencias es la nulidad de los acuerdos y demás actos realizados en virtud de una conducta anticompetitiva realizada por parte de una empresa donde, cabe señalar que, si bien es cierto que para las empresas puede suponer un perjuicio el hecho de que se declare nulo un acuerdo, estamos ante una conducta ilícita y anticompetitiva, por tanto, este hecho nunca debería haberse producido por lo que es una consecuencia lógica que se declare nulo el acto anticompetitivo que se ha producido.

Según el tipo de conducta realizada por la empresa en cuestión, las consecuencias de la nulidad del acuerdo o acto realizado podrán ser de mayor o menor envergadura, de este modo, por ejemplo, al declararse nulo un acuerdo entre empresas para la repartición geográfica del mercado³⁴ la consecuencia para éstas será la inexistencia del contenido del acuerdo y, por tanto, además de no poder beneficiarse del ilícito que supone la repartición de mercado deberán retrotraer todas las actuaciones que hubieren realizado en virtud del acuerdo hasta el momento previo a éste.

Todavía más perjudicial para la empresa sería que ésta no hubiese observado con la diligencia debida una ayuda estatal percibida puesto que, de declararse nula, deberá restituir el montante que ha percibido, lo cual empeoraría la situación si ya ha

³³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, “Comunicado de prensa nº79/14”, Luxemburgo, 5 de junio de 2014. Puede consultarse en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/cp140079es.pdf> (Comprobado por última vez en fecha 8 de agosto de 2015).

³⁴ El artículo 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece expresamente que “*los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho*”.

comenzado a invertirlo³⁵. Como último ejemplo, cabe señalar las consecuencias que podría acarrear para dos o más empresas el hecho de declararse la nulidad de un acuerdo de fusión realizado por éstas sin efectuar el correcto procedimiento de comunicación a la Comisión ya que, además de recibir la sanción oportuna³⁶, deberán deshacer la operación de concentración eliminando todos los avances logísticos y de personal que se hubieren llevado a cabo.

Así pues, a las empresas les conviene cumplir porque, de ser sancionados por la Comisión y declararse nulo su acuerdo o los actos realizados, la empresa no solo pierde dinero, sino que, además, pierde tiempo y trabajo puesto que, como es sabido, la consecuencia principal de la nulidad es la inexistencia de los actos declarados nulos, es decir, las acciones se retrotraen hasta el momento anterior en el que se hubieren producido provocando así la desaparición de todas las consecuencias producidas en virtud del acuerdo o acto que ha sido declarado nulo³⁷.

5. PROMOVER LA IMAGEN DE LA EMPRESA

Respecto a la imagen de la empresa, cabe señalar que el hecho de situarse en el lado del cumplimiento hace que las empresas gocen de una mejor reputación³⁸, tanto frente a sus socios comerciales como frente a los consumidores, ya que, por ejemplo, una empresa que ha adoptado un programa de *Compliance* es más atractiva al momento de contratar con ella que otra que ha incumplido en el pasado y hoy en día no tiene implantado un programa.

³⁵ *Vid.*, en este sentido, los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los que se regula el control de ayudas públicas.

³⁶ *Vid.*, en este sentido, los artículos 14 y 15 del Reglamento (CE) n° 139/2004, en los que se indica las multas que puede imponer la Comisión Europea, tanto multas a tanto alzado, artículo 14, como multas coercitivas, artículo 15.

³⁷ La nulidad se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico en los diversos órdenes jurisdiccionales así, por ejemplo, en el orden civil, en las “obligaciones y contratos”, si se efectúa un contrato faltando alguno de los elementos del artículo 1261CC, dicho contrato será nulo. Para conocer una definición más general de nulidad véase la página web “*Enciclopedia jurídica*”, donde se podrá encontrar la definición de nulidad siguiendo este enlace: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/nulidad/nulidad.htm> (Última vez consultado en fecha 9 de agosto de 2015).

³⁸ INSTITUTE OF RISK MANAGEMENT (REINO UNIDO), “Competition Law Risk, a short guide”, London, 2014. Puede consultarse en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/372555/CMA_Risk_Guide.pdf. (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

Desde un punto de vista ético, aquella empresa que se muestra por la labor de cumplir las normas de competencia gozará de cierta reputación en sus relaciones con el resto de agentes existentes en el mercado, reputación que supera el coste de establecer un programa de *Compliance* ya que, estamos hablando de una política corporativa destinada a que su público conozca que la empresa se preocupa por cumplir la ley³⁹.

En definitiva, cabe señalar que el hecho de haber implantado un programa de cumplimiento hace que la imagen y reputación de la empresa se eleven pudiendo, incluso, por ejemplo, compararse con aquellas que adoptan programas de compromiso con el medio ambiente u otros elementos tan presentes hoy en día en nuestra sociedad actual.

IV. EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO (“COMPLIANCE”)

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Con la expresión “programas de cumplimiento” se hace referencia a un conjunto de medidas, procedimientos o protocolos, adoptados en el seno de una empresa o grupos de empresas, para intentar evitar el incumplimiento de las disposiciones legales y minimizar el riesgo de cometer una infracción por parte del personal de la empresa⁴⁰. En el ámbito de este trabajo, las disposiciones cuyo incumplimiento se pretende evitar son las disposiciones de competencia⁴¹.

³⁹ESTELLA, A. “En qué se ha quedado esto del Corporate Compliance? ¿Realmente sirve de algo?”, *Lawyerpress*, 17 de abril de 2015. Puede consultarse en http://www.lawyerpress.com/news/2015_04/1704_15_004.html (Comprobado por última vez en fecha 8 de agosto de 2015)

⁴⁰CMS ALBIÑANA &SUÁREZ DE LEZO, “Los programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia y su consideración como atenuante en los expedientes sancionadores”, *Alerta Competencia*, Junio, 2012. Puede consultarse en http://www.cms-asl.com/Hubbard.FileSystem/files/Publication/a90955c3-bda5-4216-a0bc-2683ef3651ef/Presentation/PublicationAttachment/0555876b-3983-4928-94c0-27e3b1f885eb/Alerta_Competencia_Junio_2012.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

⁴¹PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *Revista Derecho Mercantil*, nº 292, 2014, pp. 297-332.

Por tanto, a través de los programas objeto de este estudio se procura aumentar la probabilidad de detectar las conductas que vulneren o puedan vulnerar las normas de competencia así como informar e instruir a directivos y trabajadores sobre el alcance de la prohibición de las conductas anticompetitivas⁴². Todo ello con la finalidad de anticiparse a la posible comisión de una conducta anticompetitiva, controlar la situación que se pueda generar y sus posibles consecuencias y gestionarla de la mejor manera posible evitando los posibles riesgos que puedan derivar del incumplimiento⁴³.

En atención a las anteriores consideraciones cabe afirmar que los principios sobre los que se sustentan los programas de cumplimiento pueden ser cuatro: En primer lugar, la prevención, con la que, como se ha indicado, la empresa busca anticiparse a la posible conducta anticompetitiva que pueda darse y, a partir de ahí, elaborar una serie de protocolos que hagan difícil o imposible el incumplimiento. En segundo lugar, la detección, con la que se pretende que sea mucho más fácil la identificación de las conductas anticompetitivas que se están produciendo o son susceptibles de producirse y su puesta en conocimiento de los responsables de la empresa. En tercer lugar, la corrección, que implica reconducir a la legalidad las eventuales conductas anticompetitivas que se están realizando o se corre riesgo de realizar. En último lugar, la sanción a los trabajadores o directivos que, ignorando el programa de cumplimiento, han realizado conductas anticompetitivas⁴⁴.

Puesto que la elaboración de programas de cumplimiento no es obligatoria, la adopción voluntaria de estos programas pone de manifiesto el compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de competencia⁴⁵, por ello, se puede

⁴² COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

⁴³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, “*Antitrust compliance and compliance programmes*”, París, 2012. Puede consultarse en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/brochure_conformite_uk.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

⁴⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, “*Framework-Documents of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes*”, París, 2012. Puede consultarse en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

⁴⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

afirmar que estos programas son la expresión permanente del respeto de la empresa a la normativa de competencia⁴⁶.

Se puede afirmar que los programas de cumplimiento son un elemento clave para crear e inculcar una cultura de defensa de la competencia en la empresa ya que, a través de los mismos, las normas *antitrust* se hallan siempre presentes y la empresa intentará cerciorarse de que sus empleados las conocen y procuran evitar su incumplimiento⁴⁷.

2. CONTENIDO

2.1. CUESTIONES PREVIAS

Conviene señalar en primer lugar que el contenido de los programas depende de diversos factores como son el tamaño, la actividad y la organización de la empresa, el país en el que se encuentre o la cultura a la que pertenezca⁴⁸. Por tanto, no se puede concebir un programa general que sirva para todas las empresas, sino que cada una deberá elaborar el suyo propio en función de sus propias características y del contexto en el que se desarrolle su actividad⁴⁹. Del mismo modo que, no todos los trajes sirven para todas las personas, un mismo programa no sirve para todas las empresas. En otras palabras, los programas deberían ser singulares y propios y se deben elaborar específicamente para cada empresa⁵⁰.

En segundo lugar, es preciso que exista una posición clara, firme y pública de la empresa que considere el cumplimiento de las normas de competencia como un

⁴⁶ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en “Mercado, Competencia y Estado”, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 175 y ss.

⁴⁷ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (REINO UNIDO) OF UNITED KINGDOM “Quick Guide to Competition Law Compliance”, *Office of Fair Trading*, Edition 04/14, United Kingdom, 2014. Puede consultarse en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/306899/CMA19.pdf (Última vez consultado en fecha 1 de agosto de 2015).

⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

⁴⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁵⁰ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en “Mercado, Competencia y Estado”, *op cit*, p.26.

elemento de responsabilidad corporativa y no solo como obligación legal⁵¹. La empresa ha de mostrar un real y verdadero interés por cumplir las normas de competencia. Si la adopción de un programa respondiera exclusivamente al deseo de evitar la posible imposición de una sanción la implicación por parte de la empresa sería inexistente o nula. Por lo tanto el objetivo de cumplir debe constituir una política fundamental de la compañía equiparable a las políticas de buenas prácticas. En realidad, cabe considerar que, al adoptar un programa de cumplimiento, la empresa hace suyos una serie de valores que se encuentran, en muchas ocasiones, por encima de las exigencias normativas. Es lo que se conoce en los países anglosajones con la expresión “*Business Ethics*”⁵².

Además, las empresas deben mostrar un compromiso de cumplimiento general y permanente lo que exige persuadir a todos los trabajadores, desde los gerentes hasta empleados, de que el cumplimiento no solo es una imposición imperativa por parte de los poderes públicos⁵³, sino un objetivo y un fin de la empresa⁵⁴.

2.2. CONTENIDO SEGÚN OBJETIVOS

Los objetivos de cada programa de cumplimiento varían según las circunstancias de la empresa como su tamaño o el sector de actividad al que pertenecen. No obstante, es preciso señalar que existen una serie de objetivos generales que cabe aplicar en todos o la inmensa mayoría de los programas de cumplimiento, que son los que a continuación se relacionan:

⁵¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁵² SIEBER, U., “Programas de Compliance en el derecho penal de la empresa”, en *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Editorial Tirant lo Blanch, enero 2013. Puede consultarse en http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P12_Sieber%20Ulrich%20-%20Que%20son%20los%20Programas%20de%20Compliance%20.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

⁵³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁵⁴ NACIONES UNIDAS, “Los beneficios de la política de competencia para los consumidores”, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, 29 de abril de 2014. Puede consultarse en http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd27_es.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

En primer lugar, el objetivo preventivo-correctivo⁵⁵. Éste es el objetivo principal de los programas de cumplimiento, que tiene una doble vertiente. El enfoque preventivo, persigue prevenir el riesgo de incurrir posibles infracciones y vigilar aquellas que puedan cometerse. Se busca con ello evitar, mediante los mecanismos instaurados por la empresa, que la infracción se llegue a producir. El enfoque correctivo, a diferencia del anterior, no intenta evitar que la infracción se produzca sino detectar, controlar y reconducir las conductas infractoras que no han podido evitarse.

Ambos aspectos de este mismo objetivo deben aplicarse conjuntamente, ya que, persiguen el fin de que la vulneración de las normas de competencia llegue a producir efectos perjudiciales para la empresa y su imagen. No obstante, cada empresa deberá incidir más en uno u otro aspecto.

En segundo lugar, otro objetivo fundamental de estos programas es, como se ha venido indicando anteriormente, el de crear una “*cultura de cumplimiento*” es decir, de respeto a las normas de competencia⁵⁶. Se trata de mostrar que la empresa está realmente comprometida con el cumplimiento de las normas de competencia no solo por imperativo legal, sino porque forma parte de la política de la empresa⁵⁷. La empresa tratará por ello de inculcar esta cultura a todos sus empleados.

En tercer lugar, sin perjuicio de la interpretación de los programas de cumplimiento en relación con las sanciones que puedan imponerse a aquellas empresas que han instaurado uno de ellos, lo cual será analizado más adelante, cabe señalar que el objetivo de realizar un programa de cumplimiento no debe ir encaminado nunca a perseguir una posible reducción de una sanción en el supuesto de incumplir, ya que, si el objetivo sería éste, la empresa estaría afirmando que, pese a haber instaurado un programa de cumplimiento, tiene posibilidades reales de incumplir, por tanto, no estaríamos ante un programa que verdaderamente sea efectivo ya que la empresa lo habría creado para que, cuando llegue el momento de incumplir una norma de

⁵⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁵⁶ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en “*Mercado, Competencia y Estado*”, *op cit*, p.26.

⁵⁷ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

competencia, obtener una reducción en la sanción que se le vaya a imponer⁵⁸. En definitiva, el objetivo de los programas debe ir encaminado siempre a reducir el riesgo de incumplir las normas de competencia⁵⁹.

En cuarto lugar, el programa de cumplimiento trasciende el ámbito de la empresa que lo instaure y proyecta su eficacia en la sociedad, ya que contribuye a sensibilizar a los demás agentes económicos sobre las exigencias de la libre competencia de modo que puede provocar un “*efecto contagio*” y promover que otras muchas empresas instauren programas de cumplimiento⁶⁰.

Por último, otro de los objetivos primordiales que cumplen los programas de cumplimiento es dar a conocer de las normas de competencia a todas las personas que se integran en la empresa, desde los empleados hasta los supervisores y directivos, lo que facilitará su cumplimiento⁶¹.

2.3. CONTENIDO BÁSICO

Como se ha indicado, el contenido del programa está en función de los objetivos que se pretenden alcanzar y también de las circunstancias de la empresa. No obstante, todo programa de cumplimiento debe reunir el contenido básico que se expone a continuación.

En primer lugar, el programa debe incluir, como mínimo, una referencia a la legislación en materia de competencia europea y nacional que afecte o pueda afectar a la empresa⁶². Ésta identificará las cuestiones que más le puedan interesar, de este modo, por ejemplo, a unas empresas les puede interesar poner en conocimiento de sus

⁵⁸ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁵⁹ ALMUNIA AMANN, J., “Compliance and Competition Policy”, *BusinessEurope & US Chamber of Commerce*. Competition conference, Bruselas, 25 October 2010. Puede consultarse en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

⁶⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁶¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁶² COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

empleados las cuestiones que afecten a la fijación de precios mientras que a otras les interesará más que sus empleados estén al corriente de las conductas que puedan suponer un abuso de posición dominante. Todo ello dependerá del tipo de empresa y el tipo de conductas anticompetitivas en las que pueda incurrir⁶³.

En segundo lugar, debe incluirse un conjunto de orientaciones dirigidas a los empleados y a los directivos que tengan en cuenta el tipo de operaciones que se realizan en los principales departamentos de la empresa, poniendo énfasis, sobre todo, en los departamentos de índole comercial⁶⁴. En estas operaciones se deberán identificar y distinguir dos tipos de conductas: aquellas que no se pueden realizar en ningún caso y aquellas sobre las que se deberá tener precaución. Las primeras, deberán prohibirse taxativamente, mientras que se deberá prestar especial atención a la hora de realizar las segundas, ya que pueden ser anticompetitivas en algunas circunstancias⁶⁵.

En tercer lugar, se debe informar acerca de cómo actuar ante una inspección imprevista de las autoridades de competencia a la sede de la empresa. Para ello, se tendrá que preparar al personal para que conozca el modo de actuar más apropiado ante esta situación, para lo que puede ser conveniente contar con un protocolo de inspección, que explique e indique detalladamente el procedimiento que se debe seguir cuando se encuentre ante una inspección⁶⁶.

3. ASPECTOS CIRCUNSTANCIALES

Además del contenido expuesto en el apartado anterior, los programas de cumplimiento deben cuidar de una serie de aspectos formales o circunstanciales.

En primer lugar, las empresas deben redactar el programa por escrito incluyendo, si es preciso, una traducción del mismo a todos los idiomas que se utilicen en el seno de la empresa. De este modo, se asegura que todos los implicados lo

⁶³ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en *“Mercado, Competencia y Estado”*, op cit, p.26.

⁶⁴ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en *“Mercado, Competencia y Estado”*, op cit, p.26.

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, op cit, p.17.

⁶⁶ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en *“Mercado, Competencia y Estado”*, op cit, p.26.

entienden y comprenden⁶⁷. El lenguaje empleado en su redacción debe ser el propio y usual manejado habitualmente en la empresa, incluyendo los giros propios del negocio, de modo que sea sencillo familiarizarse con su contenido. Se ha de procurar que sea comprensible por todos y no solo por aquellos que tengan formación jurídica⁶⁸.

En segundo lugar, es aconsejable que el programa se elabore e implante antes de que se produzca una infracción⁶⁹. Ciertamente, cualquier momento es bueno para elaborar un programa de cumplimiento, sin embargo, incrementará su utilidad cuando todavía no haya surgido ningún problema y, en el supuesto de que surja, pueda ser atajado y reconducido de la manera más breve y eficaz posible.

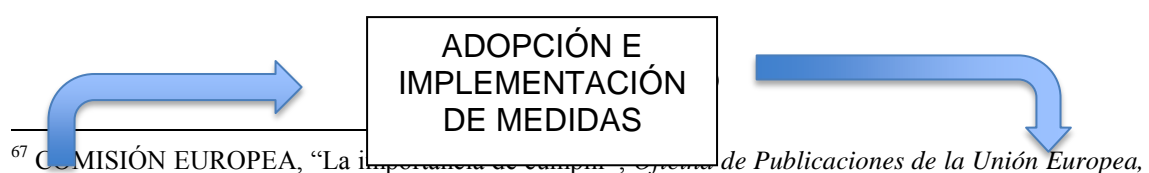
Tercero, el programa y los documentos o circulares que se entreguen a los empleados deben ser claros, atractivos, simples y ordenados. Ello contribuye a que se comprenda la política de la empresa de instaurar una “cultura de cumplimiento”. Por tanto, cuanto más fácilmente llegue a los trabajadores, más sencillo será inculcar estos comportamientos.

No obstante, hay que reiterar que estos requisitos no son “*numerus clausus*”, sino que las empresas pueden adaptar su programa a su actividad o su tamaño.

4. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN

4.1. CUESTIONES PREVIAS

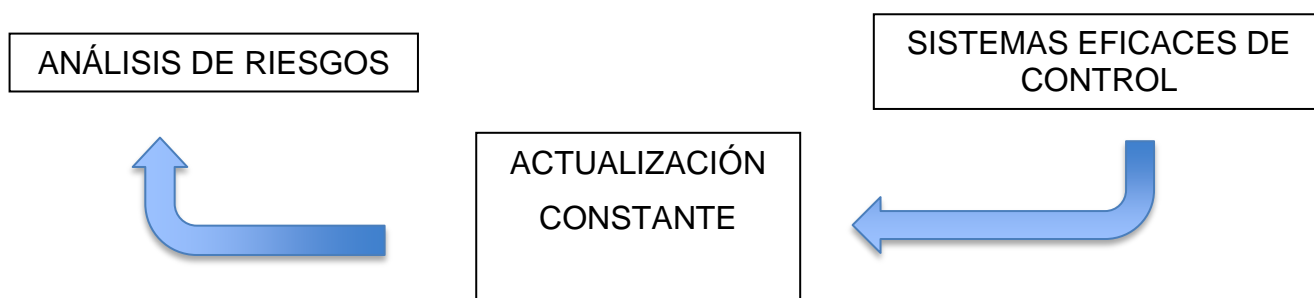
Para elaborar un programa de cumplimiento se debe proceder siguiendo cuatro fases que se indican en el siguiente cuadro:



⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

⁶⁸ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en “*Mercado, Competencia y Estado*”, *op cit*, p.26.

⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17. (Comprobado por última vez en fecha 22 de julio de 2015).



4.2. ANÁLISIS DE RIESGOS

La empresa que se propone implantar un programa de cumplimiento debe observar y estudiar, con carácter previo, los riesgos que puede encontrar en materia de competencia⁷⁰. La finalidad de este análisis es permitirle establecer normas y controles en relación a los mismos⁷¹. El análisis resulta imprescindible, ya que es importante que el programa sea acorde a los riesgos de incumplimiento que afecten a la empresa.

Entre los factores que se pueden analizar se encuentran, tal y como establece la Comisión Europea, los siguientes⁷²:

a) El sector de actividad

La empresa debe observar y analizar el sector en el que desarrolla su actividad para identificar cuáles son las conductas anticompetitivas cuya realización puede resultar probable. Lógicamente, los riesgos en que incurre una empresa de distribución no son los mismos que los que afectan a una empresa ostente una posición dominante. Como parte de este análisis, es preciso estudiar las infracciones que se han producido

⁷⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ, P. "La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia", *op cit*, p.24.

⁷¹ BAKER & MC KENZIE "Corporate Compliance-Prevención y gestión de los riesgos legales de la empresa", *Baker & Mc Kenzie*, 2013. Puede consultarse en <http://www.corporatecomplianceforum.com/files/FileControl/c4711396-90ee-45c4-a71b-366e80841a9b/7483b893-e478-44a4-8fed-f49aa917d8cf/Presentation/File/Brochure%20Spanish.pdf>, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

⁷² COMISIÓN EUROPEA, "La importancia de cumplir", *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

anteriormente, en el mismo sector de actividad, como aquellos otros que guarden especial proximidad con él. De este modo, es más fácil prevenir posibles incumplimientos.

b) Interacción de la empresa con los competidores

La frecuencia o nivel de interacción con los competidores constituye un factor importante a tener en cuenta a la hora de evaluar y analizar los riesgos. Según el nivel de interacción que se tenga con los competidores los riesgos podrán ser mayores o menores. No solo hay que tener en cuenta las reuniones que se celebren con otras empresas del sector o en el seno de asociaciones profesionales, sino también las relaciones comerciales que se entablen cada día.

c) Las características del mercado

Otro factor importante que debe considerarse antes de implantar un programa de cumplimiento son las características del mercado en el que opera la empresa. Se deben tener en cuenta circunstancias tales como la posición de la empresa en ese mercado, el número de competidores y su posición en el mismo, las barreras de entrada que puedan existir, etc.

d) Tipos de empleados

La exposición al riesgo puede variar en función del tipo de empleado. Por ello, un elemento importante que debe analizar la empresa es el perfil de sus empleados. Así, un comercial que se dedique a captar clientes puede correr más riesgo de efectuar un pacto colusorio con sus competidores que un trabajador que se dedique a tareas administrativas en la oficina. Los programas deberán incidir en aquellos empleados que puedan encontrarse con más posibilidades de vulnerar las normas de competencia.

4.3. ADOPCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS

La eficacia de un programa de cumplimiento depende de la idoneidad de las medidas que se adopten para evitar cualquier situación de riesgo y de su correcta

comprensión e interiorización por los empleados y otras personas a las que les pueda interesar.

Entre las medidas que se pueden incluir, cabe mencionar las siguientes:

En primer lugar, se pueden entregar documentos a los empleados que les permitan informarse en el supuesto de que les surja alguna duda en una situación determinada⁷³. Es aconsejable que en estos documentos se explique el contenido y alcance de las normas de competencia a fin de que los empleados no las conocen puedan interiorizarlas. Estos documentos también deben servir para que se tome conciencia de la importancia y beneficios de los programas de cumplimiento dentro de la empresa y los empleados puedan concienciarse de que existe una “cultura de cumplimiento”, de la que forman parte. Por último, estos documentos deberán proporcionar información y datos de las personas encargados de velar por el cumplimiento de modo que puedan contactar con ellas y asegurarse de que la conducta que están realizando no es anticompetitiva⁷⁴.

En segundo lugar, deben establecerse medidas de comunicación interna que permitan divulgar el programa de cumplimiento y explicar a los empleados que la empresa tiene entre sus fines el cumplir con las normas de competencia⁷⁵. Entre estas medidas es conveniente remitir una copia íntegra del programa para que se conciencien los trabajadores de la existencia de una “cultura de cumplimiento” y remitir circulares a cada vez que se vaya a producir un cambio en la metodología de trabajo que pueda generar una situación de posible riesgo de incumplimiento.

En tercer lugar, también es conveniente organizar sesiones de formación obligatorias para los empleados⁷⁶. Posiblemente, esta sería la forma más eficaz de la

⁷³ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

⁷⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁷⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁷⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

comprensión del compromiso de la empresa de cumplir las normas de competencia⁷⁷. Lógicamente lo más aconsejable sería que las sesiones de formación fuesen en horario de trabajo y retribuidas o, en su defecto, fuera del horario de trabajo pero descontadas del mismo.

En cuarto lugar, debería procederse a proporcionar información de programa de cumplimiento a proveedores, accionistas, distribuidores y particulares en general⁷⁸. Y ello para hacerse público y notorio en todos aquellos que guardan relación con la empresa y por los terceros la intención de cumplir las normas de competencia.

En quinto lugar, para que los empleados sientan que el cumplimiento afecta a todos y cada uno de ellos y que forman parte de esta “*cultura de cumplimiento*”, es conveniente solicitar al personal un acuse de recibo cada vez que se le haga entrega del programa o de una circular referente al mismo y cada vez que se realicen actividades de formación⁷⁹. Con ello, se conseguirá que los empleados se sientan parte del programa.

4.4. SISTEMAS EFICACES DE CONTROL

Para asegurar el correcto cumplimiento del programa, es aconsejable que la empresa instaure un sistema de control eficaz. Dicho sistema puede contener medidas de diversa índole. A continuación se enumeran algunas de las que pueden adoptar las empresas al instaurar un sistema de control.

En primer lugar, la empresa puede establecer un sistema que garantice que el comportamiento individual de los empleados sea conforme a la “*cultura de cumplimiento*”. El sistema puede incluir la adopción de un reglamento interno que prevea la posibilidad de amonestar, sancionar o advertir a todo aquel que incumpla el programa. También se pueden insertar cláusulas en los contratos de trabajo que obliguen a los trabajadores a observar el programa y, en el supuesto de que no lo hagan,

⁷⁷ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en “*Mercado, Competencia y Estado*”, *op cit*, p.26.

⁷⁸ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁷⁹ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

poder derivar consecuencias en virtud de la cláusula establecida⁸⁰. Hay que advertir que el reglamento o las cláusulas contractuales tienen que elaborarse de acuerdo con la legislación vigente evitando las cláusulas abusivas y siendo verificados y revisados por asesores expertos en la materia⁸¹.

En segundo lugar, la empresa puede crear incentivos positivos para aquellos empleados que cumplan las obligaciones establecidas en el programa. De este modo, se puede conseguir que el trabajador interiorice que el cumplimiento del programa forma parte de las obligaciones de su puesto de trabajo. Los empleados buscarían así cumplir con el programa como parte de sus actividades laborales⁸².

En tercer lugar, se deben designar algunas personas para que se encarguen de velar por el cumplimiento del programa^{83 84}. Este personal deberá ser designado y elegido por los órganos de gestión en función de sus habilidades y autoridad dentro de la empresa⁸⁵.

Además, estas personas deben tener facilidad para dirigirse a los órganos que llevan la dirección y control de la empresa a fin de informar de las infracciones y de los riesgos lo antes posible y, de este modo, ofrecer una solución rápida y eficaz al problema⁸⁶.

Asimismo deberán disponer de recursos humanos suficientes para poner en práctica y vigilar el cumplimiento del programa⁸⁷. Se estima que en empresas de tamaño

⁸⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁸¹ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

⁸² COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

⁸³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

⁸⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁸⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁸⁷ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

mediano a partir de 50 trabajadores⁸⁸, es necesario disponer de más de una persona para de velar por el cumplimiento del programa.

Además, sería aconsejable también que las personas designadas ejercieran una función consultiva de modo que los empleados pudiesen acudir a ellas para asegurarse de que la actividad que realizan es totalmente acorde al programa⁸⁹.

Finalmente, es conveniente que las empresas efectúen evaluaciones periódicas del programa. Estas evaluaciones, que pueden consistir en auditorías legales y comerciales o en “*diligencias debidas*” (“*due diligence*”), deben permitir comprobar que el programa se encuentra en perfecto funcionamiento a la hora de efectuar una investigación acerca de un determinado aspecto de la empresa en cuestión⁹⁰. Además, para dotar de objetividad a estas evaluaciones, es recomendable que intervengan terceros independientes que se encarguen de evaluar el programa al menos una vez al año⁹¹. Este tipo de controles aportan credibilidad al programa de cumplimiento de las empresas⁹².

4.5. ACTUALIZACIÓN CONSTANTE

Para que el programa de cumplimiento sea verdaderamente eficaz debe actualizarse y modificarse periódicamente para adaptarlo a nuevas necesidades y cambios que se produzcan en el seno de la empresa⁹³. Es frecuente, por ejemplo, que haya que adaptar algunas cláusulas a las novedades legislativas que surjan en materia de

⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA “La nueva definición de PYME” *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, Luxemburgo, 2006. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_es.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

⁸⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁹⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

⁹¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.26.

⁹² COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

⁹³ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

competencia y a los nuevos tipos de operaciones que se vayan incorporando al elenco de actividades habituales de la empresa⁹⁴.

La revisión deberá alcanzar también documentos y circulares que se entreguen a los empleados para asegurar un verdadero conocimiento del programa.

Asimismo, es conveniente que las jornadas de formación que se efectúen se organicen regularmente, por ejemplo, una vez al año y presten especial atención a los empleados que se encuentren en una situación de riesgo mayor⁹⁵. También es preciso que, tanto los directivos como el personal encargado de velar por el cumplimiento del programa, sean sometidos a un proceso constante de aprendizaje del manual de cumplimiento ya que, de este modo, se puede asegurar la vigencia del conocimiento del mismo en aquellos que son los encargados de exigir dicho cumplimiento y salvaguardar la eficacia del propio programa⁹⁶.

4.6. SISTEMA DE VIGILANCIA EFICAZ

Otro elemento importante para asegurar el cumplimiento sería instaurar en el propio seno de la empresa un procedimiento para cada una de las situaciones que puedan darse relacionadas con el programa de cumplimiento. El procedimiento, no obstante, debería ser diferente según la acción que se pretenda realizar, de este modo, podría establecerse un procedimiento para tramitar la solicitud de asesoramiento, otro para efectuar la revisión de informes de infracciones y otro para estudiar la acción posterior que deberá realizarse en el supuesto de que se haya incumplido el programa o alguna norma de competencia⁹⁷.

⁹⁴ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en *“Mercado, Competencia y Estado”*, *op cit*, p.26.

⁹⁵ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

⁹⁶ PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en *“Mercado, Competencia y Estado”*, *op cit*, p.26.

⁹⁷ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.26.

V. EFECTOS JURÍDICOS VINCULADOS A LA EXISTENCIA DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

1. CUESTIONES PREVIAS

Como se ha venido indicando anteriormente, los programas de cumplimiento son beneficiosos para las empresas por dos motivos: Por un lado, permiten evitar infracciones y, por otro, permiten descubrir y organizarse frente a aquellas que no han podido evitarse⁹⁸.

En este apartado no se va a proceder a estudiar estos aspectos, puesto que ya han sido comentados anteriormente, sino que lo que se va a analizar a partir de ahora son los efectos que produce la existencia de un programa de cumplimiento al momento de haber cometido una infracción y al imponer la sanción correspondiente, es decir, se va a proceder a analizar si realmente pueden influir los programas de cumplimiento a la hora de aplicar una determinada sanción por parte de las instituciones.

Ante ello, cabe señalar que no existe una opinión unánime al respecto, además, debido a la novedad y escasa madurez de la implantación de estos programas, no existe una regulación específica de los mismos por lo que la doctrina se encuentra dividida entre aquellos que abogan por considerar que la adopción de los programas de cumplimiento deberían constituir un atenuante en el momento de imponer una sanción y aquellos que piensan que en ningún caso se debería reducir la sanción que se imponga a una empresa, utilice o no un programa de cumplimiento.

A continuación veremos como se ha tratado esta cuestión en Derecho comparado.

2. DERECHO COMPARADO

⁹⁸ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

2.1. FRANCIA

El Estado francés es uno de los que más apoya el establecimiento de este tipo de programas, llegando incluso a efectuar recomendaciones a las empresas domiciliadas en su territorio para que los adopten⁹⁹.

La autoridad encargada de velar por la competencia en Francia (*Autorité de la Concurrence*) ha publicado recientemente un Documento-marco en el que se indica que el programa de cumplimiento puede ser considerado como una circunstancia atenuante. No obstante, para ello, deben cumplirse una serie de requisitos como son, por ejemplo, que la empresa haya descubierto por sí misma la infracción y que se haya aprobado antes de cualquier tipo de inspección. Además de ello, se deberá demostrar que la empresa ha dejado de realizar la conducta anticompetitiva en cuestión, ha reparado las consecuencias derivadas de ello antes de ponerlo en conocimiento de las autoridades, y pretende mejorar en el futuro, bien haciendo un programa de cumplimiento *ex novo*, bien mejorando el programa que ya tenían y no ha resultado eficaz¹⁰⁰.

Las reducciones de una posible sanción pecuniaria, teniendo instaurado un programa de cumplimiento, pueden alcanzar a reducirse en un 10% del importe de la sanción. Además se contempla una reducción adicional del 10% en el supuesto de que se produzca una terminación convencional del procedimiento, y otra reducción de un 5% si la empresa decide colaborar con la autoridad de la competencia¹⁰¹.

Así pues, las sanciones podrían ser reducidas por parte de la *Autorité de la Concurrence* en un 25% si se llegan a cumplir todos los requisitos indicados anteriormente. El motivo de esta posibilidad de reducir la sanción se fundamenta principalmente en el artículo L. 464-2 III del Código de Comercio francés (*Code de*

⁹⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

¹⁰⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

¹⁰¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

Commerce), el cual establece que una modificación en el comportamiento de la empresa puede ser tenida en cuenta a la hora de reducir una sanción¹⁰².

2.2. REINO UNIDO

Reino Unido es otro Estado que también ve con buenos ojos la aplicación de este tipo de programas por parte de las empresas. La Autoridad de la competencia británica (*Office of Fair Trading of UK*) ha declarado en numerosas ocasiones que la existencia de este tipo de programas puede suponer una reducción de hasta un 10% de la sanción que se impone a la empresa que ha vulnerado las normas de protección de la competencia si consigue demostrar que se han tomado medidas para asegurar el cumplimiento de la normativa¹⁰³.

Además de ello, cabe mencionar que la *Office of Fair Trading*, en su intención de orientar a las empresas hacia el respeto a las normas de competencia elaboró en el año 2005 una “guía rápida” (*Quick Guide to Competition Law Compliance*), sobre la cual abrió un tras un periodo de consulta publicó en el año 2011 que contiene un programa-marco para implementar un programa de compliance¹⁰⁴. Esta guía, en su versión de 2014 se ha utilizado a lo largo de este trabajo como uno de los modelos referencia¹⁰⁵, sobre todo, al momento de indicar el procedimiento a seguir a la hora de implementar un programa de cumplimiento.

Además de ello, cabe señalar que también el *Competition Appeal Tribunal* (CAT) ha tenido en consideración los programas de cumplimiento en el momento de imponer la sanción. Concretamente, en la Sentencia del caso *Kier Group plc* (y otros) vs *Office of Fair Trading*, de 11 de marzo de 2011, (2011) CAT 3¹⁰⁶, donde la empresa

¹⁰² PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *op cit*, p.24.

¹⁰³ OFFICE OF FAIR TRADING (REINO UNIDO) OF UNITED KINGDOM “OFT’s guidance as to the appropriate amount of a penalty”, September, 2012. Puede consultarse en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

¹⁰⁴ PASCUAL Y VICENTE, J., “Cooperación metaempresarial en materia de compliance” en *“Mercado, Competencia y Estado”*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 179 y ss.

¹⁰⁵ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (REINO UNIDO) OF UNITED KINGDOM “*Quick Guide to Competition Law Compliance*”, *op cit*, p.26.

¹⁰⁶ La sentencia en cuestión puede consultarse en inglés en <http://www.catribunal.org.uk/237-4693/1114-1-1-09-1-Kier-Group-plc-2-Kier-Regional-Limited.html> (última vez consultado el 1 de agosto de 2015).

Kier Group plc instauró un programa de cumplimiento al momento de abrirse el expediente sancionador y colaboró con la *Office of Fair Trading* a lo largo del procedimiento, la *OFT* no tuvo en cuenta estas circunstancias. Sin embargo, el *Competition Appeal Tribunal* las consideró proponiendo una reducción de la multa en un 15%, equivalente a 300.000 libras¹⁰⁷.

No obstante, la *Office of Fair Trading* establece que la mera existencia de este tipo de programas no es una causa atenuante sino que, por lo contrario, hay que proceder a valorar cada caso concreto junto con las medidas que han sido adoptadas para identificar, evaluar y mitigar los riesgos¹⁰⁸, así como la constante evolución y actualización de estas medidas, además, la empresa en cuestión deberá demostrar que las medidas adoptadas han sido las adecuadas y se han tomado de manera acorde tanto al tamaño de la empresa como a los posibles riesgos que hubieran podido darse¹⁰⁹.

2.3. ESPAÑA

En España, los programas de cumplimiento todavía no gozan de una implantación generalizada ni existe una guía o modelo a seguir en su elaboración.

No obstante, cabe señalar que la reciente modificación del Código Penal español, la cual entró en vigor el día 1 de julio de 2015, introduce un artículo (artículo 31bis) que, en su apartado segundo, contempla la existencia del programa de cumplimiento como una causa atenuante, e incluso como una causa eximente de la responsabilidad penal de la empresa¹¹⁰. No obstante, para que sea considerada causa eximente debe cumplir una serie de requisitos establecidos en ese mismo artículo¹¹¹:

¹⁰⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *op cit*, p.24.

¹⁰⁸ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (REINO UNIDO) OF UNITED KINGDOM “*Quick Guide to Competition Law Compliance*”, *op cit*, p.26.

¹⁰⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *op cit*, p.24.

¹¹⁰ LOMBAO GARCÍA, C., “Los programas de cumplimiento como circunstancia atenuante en el Derecho de la Competencia” en “*Almacén de Derecho*”, 31 de enero de 2012 <http://derechomercantilesparna.blogspot.com.es/2012/01/los-programas-de-cumplimiento-como.html> (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

¹¹¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 31bis.

En primer lugar, se tiene que haber adoptado previamente un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos como el que se ha cometido o para reducir de la forma más significativa posible los riesgos derivados de su comisión.

En segundo lugar, la vigilancia del programa, tanto del funcionamiento como del cumplimiento, debe de haberse conferido un órgano autónomo a la empresa con cierto poder en el seno de ésta.

En tercer lugar, las personas físicas que han contribuido en la comisión del delito, tienen que haber eludido de manera fraudulenta la organización y vigilancia instauradas en el seno de la empresa.

En último lugar, el órgano de vigilancia tiene que haber actuado de manera diligente en todo momento, sin haber omitido o ejercido de manera insuficiente sus funciones de control, vigilancia y supervisión.

Si se cumplen todos estos requisitos, la existencia de un programa de cumplimiento puede considerarse como una causa eximente de la responsabilidad penal de la empresa. Además de ello, cabe señalar que, en el supuesto de que los requisitos se cumplan de modo parcial, el artículo 31bis 2 establece que podría ser valorada esta circunstancia a efectos de una posible atenuación de la pena a imponer.

2.4. UNIÓN EUROPEA

En el seno de la Unión Europea no existe ningún Reglamento ni Directiva que regule los programas de cumplimiento, por lo que se plantea la cuestión de conocer el valor jurídico de estos programas dentro de la misma. Pese a que no sea obligatorio establecer un programa de cumplimiento, la Comisión últimamente ha venido aconsejando a los agentes económicos en reiteradas ocasiones que adopten uno de ellos debido a sus beneficios reales y potenciales que aportan a la empresa^{112 113}.

¹¹²COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

¹¹³ALMUNIA AMANN, J., “Compliance and Competition Policy”, *op cit*, p.29.

La Comisión Europea ha señalado que contribuirá al establecimiento de programas de cumplimiento incentivando y dando información útil a aquellas empresas que deseen adoptarlo. Además, también ha indicado que ayudará en el acceso a la legislación necesaria para que el programa sea totalmente eficaz. Sin embargo, ha manifestado que no le corresponde efectuar labores de asesoramiento formales ni tampoco aprobar los programas de cumplimiento de cada una de las empresas, ni decir si es idóneo o no. Por lo tanto, la Comisión intentará ayudar proporcionando información e incentivando a las empresas pero no es tarea suya el asesoramiento individualizado de cada una de las empresas ni la aprobación de cada uno de los programas de cumplimiento que se vayan realizando¹¹⁴.

En cuanto a la relación existente entre los programas de cumplimiento y las sanciones impuestas en el supuesto de incumplir una norma de competencia, la Comisión últimamente se ha mostrado reacia a considerar la existencia de un programa como un atenuante *per se* ya que, la adopción de estas medidas en ningún momento cambia la realidad de la infracción cometida ni guarda relación con la gravedad de los hechos ni con el daño causado¹¹⁵. Por tanto, la Comisión considera que no está obligada a calificar la existencia de este elemento como una circunstancia atenuante, teniendo en cuenta además que no se debe premiar de un programa que no ha sido efectivo. Otra cosa es que pueda ser tenido en cuenta al momento de analizar la situación concreta.

No obstante, cabe señalar que, inicialmente, la Comisión Europea tuvo una forma de proceder totalmente distinta a la postura adoptada hoy en día, ya que en el periodo entre 1982 y 1992 sí que se tuvo en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento en siete decisiones dictadas por esta Institución comunitaria al momento de fijar el importe de la multa, sin embargo, cabe señalar que, como indicó en su momento la Comisión, estas empresas decidieron implantar el programa una vez iniciadas las investigaciones de oficio por lo que la Comisión interpretó de forma positiva la preocupación por parte de las empresas de evitar ilícitos anticompetitivos en

¹¹⁴COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

¹¹⁵AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, *op cit*, p.25.

el futuro¹¹⁶. Entre estas decisiones se encuentran, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1982, en el caso *National Panasonic* (1982) L354/28 o la Decisión de 22 de diciembre de 1987, en el caso *Eurofix-Bauco/Hilti* (1988) OJ L 65/19, en esta última la Comisión señaló, por un lado, que “*tiene en cuenta la cooperación que ha recibido por parte de Hilti*” y, por otro, “*el hecho de que Hilti iniciase un programa de cumplimiento*” para proceder a una reducción de la sanción a imponer¹¹⁷.

Otro elemento a destacar gira en torno a si se podría considerar la existencia de un programa de cumplimiento como un agravante puesto que, posiblemente, la empresa infractora habría instaurado un programa pero no ha funcionado, sin embargo, la Comisión ha establecido que en ningún momento podrá actuar de tal modo, por tanto, la existencia de un programa de cumplimiento únicamente beneficiará, en ningún caso podrá perjudicar a las empresas¹¹⁸. Sin embargo, cabe señalar que en un determinado asunto la Comisión sí que lo consideró un agravante, más concretamente en la Decisión de 14 de octubre de 1988, en el caso *British Sugar* (1999) OJ L 76/1¹¹⁹, puesto que, en este supuesto, la empresa ya había vulnerado la normativa anticompetitiva previamente y ya había sido sancionada, entonces, ahora, no solo se encontraba en situación de reincidencia, sino que la nueva vulneración la hizo tras la adopción de un programa de cumplimiento siendo éste considerado un atenuante en la decisión sancionadora de la Comisión (Decisión de 18 de julio de 1988, en el caso *British Sugar*, (1988) OJ L 284/41)¹²⁰.

Respecto a los Cartel, la Comisión ha venido indicando que, en el supuesto de que una empresa se vea involucrada dentro de uno de ellos, cabrá la posibilidad de reducir la sanción conjuntamente en virtud de la política de clemencia y del programa

¹¹⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *op cit*, p.24.

¹¹⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *op cit*, p.24.

¹¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, “La importancia de cumplir”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, *op cit*, p.17.

¹¹⁹ La decisión puede encontrarse en inglés en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:076:0001:0062:EN:PDF> (Última vez consultado en fecha 31 de julio de 2015).

¹²⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *op cit*, p.24.

de cumplimiento, si esta empresa ha procedido a comunicarlo a las autoridades y se muestra por la labor de cooperar en el procedimiento¹²¹.

2.5. OPINIÓN DE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Respecto al Tribunal General de la Unión Europea, se puede considerar que éste siguió el mismo camino que la Comisión, ya que, en un primer momento, aplicó la reducción en el importe de la multa a aquellas empresas que habían vulnerado las normas de competencia y habían aplicado un programa de cumplimiento con posterioridad al inicio de las investigaciones por parte de la Comisión como, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 1994, *caso Parker Pen*, asunto T-77/92, apartado 93, donde, cabe recordar que el elemento clave es el momento en el cual se implantó el programa, siendo este después de comenzar las investigaciones por parte de la Comisión.¹²²

Sin embargo, tras cambiar la Comisión Europea de opinión el tribunal también se adhirió a la doctrina de ésta defendiendo que los esfuerzos de la empresa manifestados al momento de implantar un programa de cumplimiento no deben ser tenidos en cuenta al imponerse una sanción tal y como manifestó en diversas sentencias como, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal General, de 11 de diciembre de 2003, *caso Strinzis Lines SA*, asunto T-65/99, apartado 29¹²³.

Respecto a este cambio de opinión, el Tribunal General manifestó que el hecho de que la Comisión Europea hubiese considerado en algunos casos la implementación de un programa de *compliance* al momento de reducir una sanción, no implica que se encuentre obligada a proceder en todos los supuestos que se produzcan aplicando la misma teoría¹²⁴.

En cuanto a la opinión Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cabe señalar que éste ha manifestado que los *compliance programmes* no cambian la realidad de la

¹²¹ ALMUNIA AMANN, J., “Compliance and Competition Policy”, *op cit*, p.29.

¹²² PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *op cit*, p.24.

¹²³ PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *op cit*, p.24.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2003, *caso Miland*, asunto T-224/00, apartado 280.

infracción cometida por lo que no existen motivos para ser tenidos en cuenta por parte de la Comisión como circunstancia atenuante, por tanto, estos programas son irrelevantes al momento de imponer una sanción, tal y como afirmó literalmente el TJUE en la Sentencia de 28 de junio de 2005¹²⁵.

VI. UN CASO CONCRETO: SIEMENS

1. INTRODUCCIÓN

Para finalizar se va a proceder a analizar el documento “El Sistema de *Compliance* de Siemens” en el que esta empresa explica cómo está instaurado el programa de cumplimiento en la misma así como otros aspectos relevantes que se procederán a exponer a continuación.

2. PERSONAL ENCARGADO DE VELAR POR EL CUMPLIMIENTO

El sistema de *Compliance* de Siemens dispone de un entramado de personal encargado de velar por el cumplimiento. Éstos se dedican de manera independiente a estas tareas y, además, debido a la magnitud de esta empresa, se encuentra compuesto por varios cientos de empleados.

La estructura de esta organización responde a una forma piramidal en virtud de la cual cabe destacar los siguientes cargos relevantes (véase el cuadro de la página 8 del documento):

En primer lugar, en la cúspide de esta pirámide se encuentra el *General Counsel*, quien es el responsable del departamento de *Corporate Legal & Compliance* y, a su vez, es miembro del Comité de Dirección. Es decir, dentro de la empresa, éste forma parte de la dirección de la misma y su labor primordial es asegurarse del cumplimiento de la ley por parte de Siemens.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2005, caso Dansk Rørindustri y otros, asuntos acumulados C-182/02 y otros, apartado 373 y ss.

En segundo lugar, un escalón más bajo se encuentran el *Chief Compliance Officer* y el *Chief Counsel Compliance*, los cuales son los responsables de manera conjunta del análisis de riesgos de *compliance* de Siemens, además, informan conjuntamente al Comité de Dirección y al Consejo de Vigilancia de la compañía. Respecto al *Chief Compliance Officer*, cabe señalar que sus tareas concretas son tomar decisiones relacionadas con las evaluaciones, la carrera profesional y la remuneración de los *Compliance Officers*, los cuales se analizarán posteriormente. En cuanto al *Chief Counsel Compliance*, cabe resaltar que éste dirige tres departamentos: *Compliance Legal*, *Compliance Investigations* y *Compliance Remediation and Risk Prevention*, donde, a *grosso modo*, es preciso resaltar que sus labores abarcan todo el proceso de incumplimiento, desde la investigación hasta medidas de remediación o procedimientos judiciales en su caso, además, también es el responsable de los aspectos legales respecto a las directrices y controles de *compliance* corporativos.

En tercer lugar, en la base de esta pirámide se encuentran los *Compliance Officers* que, dependiendo de sus áreas tienen una serie de responsabilidades diferentes y claramente asignadas. Éstos son los que reportan en última instancia al *Chief Compliance Officer*, quien, posteriormente, tomará la decisión que considere oportuna.

En definitiva, como se ha podido observar, Siemens cuenta con una verdadera organización encargada de velar por el cumplimiento la cual, además, ha creado en colaboración con el departamento de RRHH un programa propio de gestión de competencias cuyo fin es contribuir al desarrollo de los empleados en la Organización de *Compliance*.

3. CULTURA DE “COMPLIANCE”

Tal y como se puede observar en la página 11 del documento que se está analizando, la dirección de Siemens pretende fomentar la creación de esta cultura de cumplimiento entre todos sus trabajadores. Para ello, el Comité de Dirección, el *Chief Compliance Office* y otros altos cargos de la Organización de *Compliance* efectuaron un total de 54 viajes a países en los que, sobre todo, tienen un elevado volumen de negocio o adolecen de posibles riesgos de corrupción. En estos países realizaron asambleas tanto

para los empleados como para la Dirección local de Siemens cuyo objeto principal fue crear conciencia de la importancia del Programa de Cumplimiento.

Además de ello, en el año 2008, esta empresa realizó una encuesta anónima a un grupo de unos 90.000 empleados cuyo resultado fue positivo ya que más del 80% de éstos afirmaban que la Dirección hablaba claramente con los empleados sobre temas de *Compliance*, además afirmaron que se comprendía el Sistema de *Compliance* y la responsabilidad de los empleados respecto a su cumplimiento, así como que las infracciones se toman en serio y son debidamente sancionadas. Ésta encuesta se integró en el año 2010 en una encuesta anual, la cual ha venido confirmando la consolidación del fenómeno *Compliance* a lo largo de los años.

En definitiva, se puede observar como desde la parte alta de esta empresa se pretende instaurar esta cultura de cumplimiento, la cual se materializa en la siguiente frase: *“Solo los negocios limpios son negocios siemens – todos, en todas partes y en todo momento... Compliance como parte de la responsabilidad corporativa tiene máxima prioridad”*, frase que fue pronunciada por el Presidente y *Chief Compliance Officer* en el año 2007 Peter Löscher, el cual la pronunció en un discurso pionero solicitando a todos los directivos de Siemens que desplegasen este mensaje en toda la empresa.

4. EMPLEADOS

Respecto a los empleados, las medidas que ha adoptado Siemens en este aspecto son principalmente dos: Por un lado, establecer procedimientos de información hacia estos y, por otro lado, efectuar sesiones de formación.

4.1. INFORMACIÓN

En lo relativo a la información, cabe señalar, como se observa en la página 16, que, tanto los empleados como la dirección, son informados de manera permanente a través de intranet y mediante correo electrónico sobre nuevas acciones y desarrollos, además, es preciso resaltar la existencia de una revista para empleados en la que incluyen periódicamente artículos sobre temas de *Compliance*.

También, cabe mencionar que para cada ejercicio determinan los mensajes clave y otros elementos esenciales de actividades de comunicación de *Compliance*.

4.2. FORMACIÓN

En cuanto a la formación, Siemens ha efectuado una importante labor en este aspecto, ya que, como se puede apreciar en la página 15, esta empresa ha venido impartiendo a sus empleados desde el año 2007 más de 300.000 cursos, de los cuales 100.000 eran presenciales y los demás eran online para empleados con autorización de firma.

A estos cursos acuden todo tipo de empleados incluyendo, además, aquellos que forman parte de la alta dirección, no obstante, la mayor parte de la atención recae, sobre todo, en aquellos que tienen funciones sensibles de vulnerar la competencia como pueden ser compras, ventas o gestión de proyectos. Cabe señalar, que estos últimos la formación que reciben es una formación continua, así como aquellos que forman parte de las jefaturas de la empresa.

Otro elemento importante a destacar es, como se puede observar en la página 16, que Siemens efectúa lo que se denomina *train the trainer*, es decir también reciben formación los *Compliance Officer* de todo el mundo para, de este modo, poder asegurar que aquellos que se encargan de velar por el cumplimiento en la empresa conocen y dominan realmente este tema.

4.3. CONSEJO/APOYO

Además de las sesiones de formación y de la información que periódicamente se entrega a los empleados existe otra vía especialmente importante en lo relativo a la interpretación o aplicación de la normativa de *Compliance* de Siemens como es la posibilidad de solicitar consejo o apoyo por parte de los empleados (véase la página 16 del documento).

La forma de optar por esta tercera vía puede ser de dos maneras diferentes, por un lado, los empleados pueden plantear cuestiones directamente al *Compliance Officer* responsable de su unidad de negocio o, por otro lado pueden plantear preguntas a un buzón central gestionado por la organización de *compliance*.

Así pues, se podría afirmar que los empleados gozan de un verdadero sistema de resolución de dudas al momento de realizar su trabajo por lo que consiguen asegurarse de que la conducta que realizan se encuentra encuadrada dentro de la legalidad.

5. SISTEMAS DE CONTROL

Respecto a los sistemas de control empleados por la empresa que se está analizando cabe señalar que estos son varios y diversos así como empleados para los dos fines primordiales a los que debe servir el programa de cumplimiento como son el fin preventivo y el fin correctivo.

5.1. LA “TARJETA AMARILLA”

Un elemento que especialmente llama la atención es el empleo por parte de Siemens de un símil con el mundo del fútbol como es la tarjeta amarilla (página 17 del documento).

La Organización de *Compliance* de Siemens, en el supuesto de detectar algún tipo de deficiencia en la puesta en marcha o en la aplicación del programa, informará a los directivos en cuyo ámbito de responsabilidad se hayan detectado las irregularidades y procederá a advertirles mediante una tarjeta amarilla.

Estos directivos deberán corregir las deficiencias encontradas y, en el supuesto de no hacerlo, se procederá a reducir al cero por ciento la parte variable de su paga destinada a esta labor.

5.2. PROMOCIÓN DEL PERSONAL

Otro elemento de especial relevancia es el análisis previo que se efectúa a aquellos empleados que vayan a ocupar funciones importantes en esta materia como pueden ser corporativas, de *Compliance* en sentido estricto o legales.

Como se puede observar en la página 17, existe un procedimiento en virtud del cual los candidatos que vayan a optar al puesto de trabajo serán examinados por parte de la Organización de *Compliance* para observar si existe alguna evidencia de la realización de éstos de alguna conducta ilícita como, por ejemplo, la existencia de investigaciones internas u oficiales en curso.

Cabe mencionar que, tal y como reza esta empresa en el documento que se está analizando, este proceso es explicado a los candidatos de antemano y, además, se encuentra bajo la responsabilidad del departamento de Recursos Humanos y *Compliance Legal*, por lo que los derechos de los trabajadores son totalmente respetados.

5.3. EL COMITÉ DISCIPLINARIO CORPORATIVO (CDC)

El Comité Disciplinario Corporativo, como se aprecia en la página 23, es un ente creado a partir de la instauración del programa de cumplimiento en la empresa cuyo fin es evaluar las conductas anticompetitivas realizadas por los miembros de la Dirección y emitir recomendaciones de actuación vinculantes respecto a ello.

Los procesos los prepara el departamento de *Compliance Legal* teniendo en cuenta el derecho laboral, además, este mismo departamento se encarga también de supervisar la posterior aplicación de estas recomendaciones por parte de los departamentos de Recursos Humanos en las unidades correspondientes.

Cabe mencionar que el CDC se encuentra compuesto por personal de especial relevancia dentro de la empresa como son el *General Counsel* de Siemens, que es quien preside este comité, el Director Corporativo de Recursos Humanos, el *Chief Compliance Officer* y el *Chief Counsel Compliance* entre otros, además, también se incluyen las jefaturas de los empleados afectados en cada caso concreto, los cuales

participan previamente en una audiencia junto con los representantes del departamento *Compliance Legal*.

5.4. CANALES DE DENUNCIA “TELL US” Y “OMBUDSMAN”

Otro elemento importante que es preciso destacar son los denominados “canales de denuncia” (véase página 11), en virtud de los cuales, tanto los empleados como terceros, pueden formular una denuncia sobre posibles infracciones del programa de cumplimiento instaurado.

Respecto al canal “*Tell us*”, cabe mencionar que éste se encuentra disponible las 24 horas del día y en diversos idiomas, lo cual facilita la posibilidad de que los empleados puedan formular la denuncia oportuna. Además, es gestionado por un operador independiente de Siemens de modo que la información entregada será guardada de manera anónima y protegida no permitiéndose a Siemens rastrear la información en contra de la voluntad de la persona que la ha entregado.

En cuanto a la figura del “*Ombudsman*”, es preciso señalar que éste responde a lo que se conoce en España como el defensor del pueblo, es decir, el “*Ombudsman*” tiene como misión otorgar asistencia legal de manera personal e independiente a aquellos empleados que lo soliciten.

Así pues, Siemens apuesta fuerte por estas dos vías facilitando el acceso a ellas y ofreciendo un anonimato a aquellos que las utilicen, además, a todo ello se le suma que los empleados que las utilicen estarán protegidos de ser sancionados o de adoptar cualquier tipo de represalia frente a ellos, siempre y cuando se haya informado con buena fe.

5.5. AUDITORÍA

El programa de cumplimiento de Siemens también prevé la realización de auditorías para revisar la implantación del mismo. Éstas las realiza un departamento independiente, el departamento “*Compliance Audit*”, el cual reporta directamente al departamento corporativo de Auditoría Interna (Véase página 11).

Respecto al procedimiento que se realiza, cabe señalar que, una vez efectuada la auditoría correspondiente, la información que se obtiene sobre aquellas áreas que se pueden mejorar es trasladada a la Organización de *Compliance*, donde, posteriormente, será incorporada a la estrategia de compliance así como en el desarrollo del sistema como parte del seguimiento continuo, el cual se comentará en el próximo punto 6.

6. ADOPCIÓN E IMPLANTACIÓN DE MEDIDAS

6.1. REMEDIACIÓN

Tras el empleo de los diversos métodos de investigación y control estudiados anteriormente, el siguiente paso que sigue la organización de *Compliance* respecto a las investigaciones finalizadas es la remediación.

La remediación consiste, como su propio nombre indica, en dar remedio a los posibles problemas o inconveniente que han podido surgir, para ello se basa en dos elementos importantes:

En primer lugar, un grupo de especialistas de la Organización de *Compliance* proporciona apoyo a las unidades de negocio y, posteriormente, realiza el seguimiento de las recomendaciones para poder garantizar que se subsanan las deficiencias encontradas anteriormente.

En segundo lugar, las posibles deficiencias estructurales se notifican al departamento de Auditoría Interna y a los responsables del programa de cumplimiento para que aquella información que se considere relevante pueda ser incorporada en el desarrollo del programa de cumplimiento.

6.2. SEGUIMIENTO GLOBAL DE LOS CASOS

El seguimiento global de los casos implica que la información emitida a la organización de *Compliance* de toda la empresa acerca de las infracciones cometidas queda registrada en una herramienta de seguimiento.

Dicho registro, efectuado por el departamento *Compliance Legal* o *Compliance Offer* correspondiente, se realiza dependiendo de la gravedad de la conducta puesto que cuando llega la información, ésta es recibida de manera centralizada.

Finalmente, los casos introducidos se analizan y se efectúa un seguimiento de los mismos a nivel mundial (véase Página 12 y 13).

7. ACTUALIZACIÓN CONSTANTE

7.1. REVISIÓN

Tal y como se puede observar en la página 6 del documento que se está analizando, para evitar caer en la obsolescencia, Siemens revisa el programa de cumplimiento de manera periódica, al menos una vez cada tres meses.

Más en concreto, los aspectos principales que se analizan son el estado del Sistema de *Compliance* o la implantación del mismo, así como los principales progresos y los casos más destacados.

Respecto a los resultados de la revisión, cabe señalar que el Comité de Dirección y el Comité de *Compliance* reciben informes del *Chief Compliance Officer* y del *Chief Counsel Compliance*, los cuales se basan principalmente en información y conclusiones obtenidas a nivel operativo y de negocio.

7.2. MEJORA CONTINUA

Para finalizar, como reza la página 13 del documento, es preciso resaltar la existencia de ciertos elementos que hacen que el programa de cumplimiento de Siemens se encuentre en una evolución y mejora continua donde, cabe señalar, los siguientes:

Por un lado, los empleados pueden realizar comentarios y propuestas para mejorar el sistema de *Compliance* y, de este modo, en el supuesto de resultar idóneos, incorporarlos al programa.

Por otro lado, se celebran una serie de reuniones mensuales, las denominadas “*Case Radar Meetings*”, en virtud de las cuales se analizan las informaciones recibidas acerca de las conductas realizadas de manera indebida así como el estado de las investigaciones que se están llevando a cabo para intentar identificar el camino hacia donde tiende el programa.

En definitiva, el programa de cumplimiento de Siemens nunca será un programa definitivo sino que, de lo contrario, estará sujeto a un proceso continuo de modificación y mejora.

VII. CONCLUSIONES

Tras el estudio y realización de este trabajo, se pueden extraer las conclusiones:

Primera. El Derecho de la Competencia es importante para el mantenimiento de un Mercado Interior de libre acceso y con igualdad de oportunidades.

Segunda. El incumplimiento de la normativa vigente en materia de competencia puede conllevar la imposición de sanciones, así como la obligación de reparar posibles daños y perjuicios con la correspondiente indemnización, además puede generar inseguridad jurídica sobre la validez de los acuerdos.

Tercera. Para intentar prevenir el incumplimiento de las normas de competencia, las empresas pueden optar por instaurar un Programa de Cumplimiento o “*Compliance Programme*”, elaborado por la propia empresa según sus necesidades, que incorpore medidas apropiadas para evitar la infracción o, si se ha producido, reaccionar tempranamente y mitigar el daño causado.

Cuarta. En los supuestos de infracción de la normativa de Competencia, la existencia de un programa de cumplimiento puede contribuir a una reducción de la sanción, se trata, no obstante, de un aspecto controvertido en el que existen diversas opiniones doctrinales y en el que el derecho comparado no ofrece una solución unívoca.

En definitiva, cabe resaltar que la adopción de un Programa de Cumplimiento será en todo caso beneficiosa para la empresa puesto que, además de la posible reducción de la sanción en caso de incumplimiento, permite anticiparse a la empresa a una posible vulneración de la normas de competencia y genera unas líneas de actuación para el supuesto de haber incumplido.

VIII. BIBLIOGRAFÍA:

- ALMUNIA AMANN, J., “Compliance and Competition Policy”, *BusinessEurope & US Chamber of Commerce*. Competition conference, Bruselas, 25 October 2010. Puede consultarse en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).
- ARCOS M. “El marco jurídico de la política de competencia en la Unión Europea”, en *La política de competencia en la U.E.*, Sevilla, 27 de noviembre de 2012. Puede consultarse en <http://congreso.us.es/catedrapc/images/Marycruz.pdf> (Última vez consultado en fecha 6 de agosto de 2015).
- ARPIO SANTACRUZ, J.L., “La defensa de la (libre) competencia en el comercio electrónico”, Monografía Núm. IV de la *Revista aragonesa de Administración Pública*, 2001.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, “*Antitrust compliance and compliance programmes*”, París, 2012. Puede consultarse en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/brochure_conformite_uk.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FRANCIA) DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, “*Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes*”, París, 2012. Puede consultarse en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).
- BAKER & MC KENZIE “*Corporate Compliance-Prevención y gestión de los riesgos legales de la empresa*”, Baker & Mc Kenzie, 2013. Puede consultarse en <http://www.corporatecomplianceforum.com/files/FileControl/c4711396-90ee-45c4-a71b-366e80841a9b/7483b893-e478-44a4-8fed->

[f49aa917d8cf/Presentation/File/Brochure%20Spanish.pdf](https://view.publitas.com/jausas/los-programas-de-compliance-tras-la-reforma-del-codigo-penal-de-2015/page/4-5), (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

- BRIZ PUERTAS, N., “Los programas de compliance tras la reforma penal de 2015”, *Newsletter Jausas*, 1 de abril de 2015. Puede consultarse en <https://view.publitas.com/jausas/los-programas-de-compliance-tras-la-reforma-del-codigo-penal-de-2015/page/4-5>, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).
- CMS ALBIÑANA &SUÁREZ DE LEZO, “Los programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia y su consideración como atenuante en los expedientes sancionadores”, *Alerta Competencia*, Junio, 2012. Puede consultarse en http://www.cms-asl.com/Hubbard.FileSystem/files/Publication/a90955c3-bda5-4216-a0bc-2683ef3651ef/Presentation/PublicationAttachment/0555876b-3983-4928-94c0-27e3b1f885eb/Alerta_Competencia_Junio_2012.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).
- COMISIÓN EUROPEA “*La nueva definición de PYME*” Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2006. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_es.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).
- COMISIÓN EUROPEA, “*Cartel Statistics*”. Puede consultarse en <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, (Última vez consultado en fecha 7 de agosto de 2015).
- COMISIÓN EUROPEA, “*Comprender las políticas de la Unión Europea: Competencia*”, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, noviembre de 2014. Puede consultarse en http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/competition_es.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

- COMISIÓN EUROPEA, “*La importancia de cumplir*”, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012. Puede descargarse gratuitamente en https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCEQFjAAahUKEwjl3YmO_GAhXFC5IKHXK0CDY&url=http%3A%2F%2Fbookshop.europa.eu%2Fes%2Fla-importancia-de-cumplir-pbKD3211985%2Fdownloads%2FKD-32-11-985-ES-C%2FKD3211985ESC_002.pdf%3Bpgid%3DIq1Ekni0.1ISR0OOK4MycO9B000NKbLzYT8%3Bsid%3D2H_b4JY2gJjby8NcO8pFR_QTIRzFktVxg0%3D%3FFileName%3DKD3211985ESC_002.pdf%26SKU%3DKD3211985ESC_PDF%26CatalogueNumber%3DKD-32-11-985-ES-C&ei=asmvVaP4JsWXyATy6KKwAw&usg=AFQjCNG02e-U-dW6JoE9ycgli4WSNxGBA&sig2=VkF43SwxTRhnSGPcSPxgew (Comprobado por última vez en fecha 22 de julio de 2015).
- COMISIÓN EUROPEA, “*Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*”. COM (2008) 165 final. Bruselas, 2 de abril de 2008.
- COMISIÓN EUROPEA, “*Multas por incumplir el Derecho de la Competencia*”, Noviembre, 2011. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf (Última vez consultado en fecha 7 de agosto de 2015).
- COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (REINO UNIDO) OF UNITED KINGDOM “Quick Guide to Competition Law Compliance”, Office of Fair Trading, Edition 04/14, United Kingdom, 2014. Puede consultarse en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/306899/CMA19.pdf (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).
- INSTITUTE OF RISK MANAGEMENT (REINO UNIDO), “*Competition Law Risk, a short guide*”, London, 2014. Puede consultarse en

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/372555/CMA_Risk_Guide.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “*Los beneficios de la política de competencia para los consumidores*”, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, 29 de abril de 2014. Puede consultarse en http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd27_es.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).
- OFFICE OF FAIR TRADING (REINO UNIDO) OF UNITED KINGDOM “OFT’s guidance as to the appropriate amount of a penalty”, September, 2012. Puede consultarse en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).
- PASCUAL Y VICENTE, J., “Cooperación metaempresarial en materia de compliance” en “*Mercado, Competencia y Estado*”, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 179 y ss.
- PASCUAL Y VICENTE, J., “El programa de compliance como manual de Competencia” en “*Mercado, Competencia y Estado*”, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 175 y ss.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “¿Qué importancia han de tener los programas de cumplimiento-compliance- en la política sancionadora de la CNC?”, *Documento de estudio*. UCLM/Max-Planck Institute, Munich.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P. “La importancia de los programas de cumplimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *Revista Derecho Mercantil*, nº 292, 2014, pp. 297-332.
- SIEBER, U., “Programas de Compliance en el derecho penal de la empresa”, en *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Editorial Tirant lo

Blanch, enero 2013. Puede consultarse en http://www.defensesociale.org/xvcongreso/usb%20congreso/3%C2%AA%20Jornada/03.Panel%2012/P12_Sieber%20Ulrich%20-%20Que%20son%20los%20Programas%20de%20Compliance%20.pdf, (Última vez consultado en fecha 22 de julio de 2015).

IX. LEGISLACIÓN Y OTROS ACTOS NORMATIVOS

- Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Texto pertinente a los fines del Espacio Económico Europeo. Bruselas, 9 de diciembre de 1997.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 31bis.
- Ley Sherman Antitrust, de 2 de julio de 1890, de los Estados Unidos de América.
- Reglamento (CE) N°1/2003 del consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE 4.1.2003).
- Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. (DOCE 29.01.2004).
- Reglamento 651/2014 (UE) n° 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. (DOUE 26.6.2014).
- Tratado de Funcionamiento de La Unión Europea.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, “Comunicado de prensa n°79/14”, Luxemburgo, 5 de junio de 2014. Puede consultarse en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/cp140079es.pdf> (Comprobado por última vez en fecha 8 de agosto de 2015).

